Die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben.

Ein Beitrag
zur Feststellung ihres strafrechtlichen
Charakters.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der juristischen Fakultät

der

Friedrich - Alexander - Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Caesar Gnuse
Gerichtsreferendar aus Bielefeld.

Approbiert am 11. Februar 1904.

Bielefeld 1904.
Druck von A. von der Mühlen.

106

Meinem lieben Vater!

Literaturverzeichnis.

Biermann, Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

Binding, Handbuch des Strafrechts. 1. Band 1885.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 1. Band 2. Auflage 1902.

Brucke, „Bemerkungen zum Reichsgerichtsurteil vom 3. Oktober 1890“ im Archiv für Strafrecht (Goltdammers Archiv). 40. Jahrgang Seite 110—112.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Band 4. Auflage 1903, 2. Band 3. Auflage 1901.

Dalcke, „Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassen-Guthaben“ in Goltdammers Archiv. 44. Jahrgang Seite 204—205.

Dernburg, Pandekten. 1. Band 5. Auflage 1896.

Doerr, „Die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben“ im „Gerichtssaal“. 52. Band Seite 1—62.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 2. Band 1882.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. 10. Band Seite 369—371, 22. Band Seite 2—4, 26. Band Seite 151—155, 29. Band Seite 415—419.

„Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts“ in Goltdammers Archiv. 38. Band Seite 423—425.

Feisenberger, „Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassen-Guthaben“. Marburger Inaugural-Dissertation 1895.

Frank, „Rechtsprechung des Reichsgerichts“ in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 14. Band Seite 354 ff., speciell Seite 389—390.

Gareis, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 5. Auflage 1896.

Hartmann, „Der Diebstahl an Sparkassenbüchern“ in Goltdammers Archiv. 40. Jahrgang Seite 259—263.

v. Hillebrandt, „Die unberechtigte Erhebung einer fremden Sparkassenforderung“. Greifswalder Inaugural-Dissertation 1896.

Hoeltzenbein, „Sparkassenbuch und Sparguthaben im Strafrecht“. Göttinger Inaugural-Dissertation 1895.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. 3. Band 1874.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reichs. 1901.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. und 13. Auflage 1903.

Meyer, Hugo, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Auflage 1895.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 14. Auflage 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1. Band 2. Auflage 1898, 2. Band 1. und 2. Auflage 1899, 3. Band 1. und 2. Auflage 1902.

Preussisches „Reglement, die Einrichtung des Sparkassenwesens betreffend“, vom 12. Dezember 1838. (Preussische Gesetzsammlung für 1839 Seite 5—14.)

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. 8. Band Seite 751—753.

Rotering, „Über die Zueignung im Sinne der §§ 242, 246 des St. G. B.'s“ im „Gerichtssaal“. 36. Band Seite 520—538 und 561—575.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 3. Band 1840.
Schneider, „Rechtswidrige Hebung fremder Spargut-haben“ in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-wissenschaft. 14. Band Seite 36—75.
Siméon, Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche. 1. Band 3. Auflage 1901.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549808_0024

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 11

I. Teil.

§ 2. Die civilrechtliche Natur des Sparkassenbuchs und des Sparkassengeschäfts 15

II. Teil.

Die strafrechtliche Würdigung des Falles rechtswidriger Hebung fremder Sparguthaben.

§ 3. a) Diebstahl 25

§ 4. b) Unterschlagung 43

§ 5. c) Betrug 53

§ 6. Schlusswort 66

§ 1.

Einleitung.

Während das Tätigkeitsgebiet des Civilrichters fast ausschliesslich die realen Güter des Lebens — die dinglichen und Forderungsrechte — umfasst, hat der Strafrichter gleichzeitig, und man kann wohl sagen vornehmlich, über die höheren Güter des Menschen — Leben und Gesundheit, Ehre und Freiheit — zu entscheiden. In noch weit höherem Masse als bezüglich des Civilrechts hat der Staat als solcher, und jeder Einzelne daher hinsichtlich des Strafrechts ein Interesse daran, dass die sich dort ergebenden rechtlichen Fragen eine richtige Beurteilung finden. Denn nur dann, wenn eine strafbare Handlung nach dem massgebenden Strafgesetz zur Entscheidung gelangt, ein Delikt unter den richtigen Strafgesetz-Paragraphen subsumiert wird, erscheint die verhängte Strafe als eine wirklich gerechte.

Gleichwohl bestehen hier noch manche unliebsame Unsicherheiten und Divergenzen, und zur Lösung einer solchen Kontroverse versucht auch die nachfolgende Arbeit einen kleinen Beitrag zu liefern.

Es soll uns darin die Frage beschäftigen, wie strafrechtlich die rechtswidrige Hebung eines fremden Spargutthabens zu beurteilen ist; und zwar wird folgender Tatbestand zu Grunde gelegt: Es entwendet jemand ein fremdes Sparkassenbuch in der Absicht, unbefugter Weise einen Teil der Spareinlage, auf das es lautet, zu erheben und diesen

für sich zu verwenden, demnächst aber das Buch zurückzulegen. Seinen Plan bringt er zur Ausführung.

Die Meinungen über die Entscheidung dieses Falles, der rechtlich nicht ohne Interesse und auch praktisch nicht ohne Bedeutung ist, sind sehr geteilt. Es sei daher gestattet, an dieser Stelle eine kurze Übersicht über die unsere Frage behandelnde Literatur zu geben.[1])

Nach dem Resultat, zu dem sie gelangt, kann man sie zunächst in zwei Gruppen zerlegen.[2]) Die einen wollen den Täter nur wegen eines Delikts, die anderen wegen mehrerer Delikte bestraft wissen.

I. Die Vertreter der ersten Ansicht gelangen wieder zu anderen Ergebnissen, je nachdem sie an die verschiedenen für die Strafbarkeit des Täters in Frage kommenden Akte — Wegnahme des Buches, Erheben des Geldes auf der Sparkasse, Aneignung des erhobenen Geldes — die Strafe anknüpfen. Sie nehmen demgemäss Diebstahl, Betrug oder Unterschlagung an.

a) Zu der Ansicht, es liege Diebstahl des Sparkassenbuchs vor, neigt die herrschende Praxis. In Sonderheit hat sich das Reichsgericht, z. B. in den Erkenntnissen vom 7. März 1891, 1. Mai 1884 und 3. Oktober 1890 (abgedruckt in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band 22 Seite 2—4 und Band 10 Seite 369—371, beziehungs-

[1]) Dieselbe wird im folgenden nur insoweit aufgeführt, als sie sich eingehender mit dem Gegenstand dieser Abhandlung beschäftigt.

[2]) Man hat früher sogar den zur Entscheidung stehenden Fall als delictum sui generis angesehen, ihn als für überhaupt nicht unter einen Paragraphen des Strafgesetzbuchs subsumierbar, d. h. für straflos erachtet. So tut dies z. B. noch Binding in seinem Handbuch des Strafrechts Band 1 Seite 220. Er meint dort, in Fällen wie der vorliegende, könne man nur mittelst einer durch § 2 St. G. B. verbotenen Analogie (Aneignung eines Forderungsrechts) zu einer Bestrafung gelangen, und auch die vom Reichsgericht vorgenommene sogenannte ausdehnende Interpretation sei nichts anderes. Jetzt nimmt Binding Betrug an. Vergl. im Text unter Ic.

weise im Archiv für Strafrecht — Goltdammers Archiv — Band 38 Seite 423—425) in eingehender Beweisführung hierfür ausgesprochen.[3]) In der Begründung weicht das erstgenannte Urteil von den beiden anderen jedoch wesentlich ab. Auf Grund ähnlicher Erwägungen wie die der zwei letztgedachten Erkenntnisse gelangt zum gleichen Resultat Frank in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 14 Seite 389—390, bei Gelegenheit einer Kritik des Urteils vom 7. März 1891. In wiederum abweichender, äusserst eigenartiger Beweisführung, mit der er jedoch ganz allein steht, tritt für das Vorliegen von Diebstahl ferner ein Hartmann in dem Artikel „Der Diebstahl an Sparkassenbüchern" in Goltdammers Archiv Band 40 Seite 259—263.

b) Für Unterschlagung des auf der Sparkasse erhobenen Geldes[4]) sprechen sich aus Schneider („Die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben" in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 14 Seite 36—75) und Feisenberger („Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassenguthaben", Marburger Inaugural-Dissertation 1895) mit im einzelnen wieder von einander verschiedener Begründung.

c) Die Ansicht, es liege Betrug vor, wird vertreten von Doerr („Die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben" im Gerichtssaal Band 52 Seite 1—62), Brucke („Bemerkungen zum Reichsgerichtsurteil vom 3. Oktober 1890" in Goltdammers Archiv Band 40 Seite 110—112), Dalcke (in einer

[3]) Weitere hierher gehörige Entscheidungen finden sich aufgeführt z. B. bei Doerr und Binding an den weiterhin im Text unter I[c] genannten Stellen; bei ersterem vorzüglich Seite 13 a. E. auch Anm. 30, Seite 15 auch Anm. 33—36.

[4]) Früher wurde der Fall auch wohl als Unterschlaguug eines Forderungsrechtes konstruiert, so ehemals von der preussischen Praxis; oder als Unterschlagung eines Vermögenswertes, so von Schneider früher in der „Sparkasse", Volkswirtschaftliche Zeitschrift, Jahrgang 1892, Nr. 242, 243. Vergl. Anm. 70 dieser Arbeit.

Besprechung der Schrift Feisenbergers in Goltdammers Archiv Band 44 Seite 204—205) und Binding (in seinem Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band 1 Seite 265, 266 Anm. 1).

II. Eine Realkonkurrenz von Diebstahl und Betrug nehmen an Hoeltzenbein („Sparkassenbuch und Sparguthaben im Strafrecht", Göttinger Inaugural-Dissertation 1895) und Stenglein (im Gerichtssaal Band 52 Seite 62 in einer Schlussbemerkung zum Aufsatze Doerrs).

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es nunmehr sein, die bisher nur in Umrissen skizzierten verschiedenen Ansichten über unseren Rechtsfall in den folgenden Blättern eingehender darzustellen, sie zu kritisieren und an der Hand dieser Kritik unsere eigene Meinung über dieses „juristische Rätsel" zu rechtfertigen.

Wie hier gleich vorweg bemerkt werden mag, werden wir dabei zu dem Ergebnis kommen, dass der zur Entscheidung stehende Fall allein die strafrechtlichen Merkmale des Betrugs an sich trägt.[5])

[5]) Zu dem gleichen Resultat muss man unseres Erachtens gelangen, wenn der Täter die ganze Spareinlage erhebt. Vergl. §§ 3 und 5 dieser Arbeit Seite 42 und 60. Da aber in der Literatur vornehmlich der Fall der Teilerhebung behandelt wird, möge dieser in erster Linie in den Kreis der Erörterungen gezogen werden. Vergl. Doerr a. a. O. Seite 14 auch Anm. 32.

I. Teil.

§ 2.

Die civilrechtliche Natur des Sparkassenbuchs und des Sparkassengeschäfts.

Bevor wir uns unserem eigentlichen Thema zuwenden und prüfen, wie sich strafrechtlich das den Gegenstand dieser Abhandlung bildende Delikt qualificiert, ist es erforderlich, auf den civilrechtlichen Charakter des Sparkassenbuchs in Kürze einzugehen.

Wer bei einer Sparkasse eine Einzahlung macht, erhält von ihr ein Sparkassenbuch, d. h. eine Kontobuch, welches zur Unterlage für den Geschäftsverkehr des Einlegers mit der Kasse dienen soll. Es wird hierin die von ihm gemachte Einlage vermerkt; es sollen auch alle weiteren Einzahlungen und Abhebungen darin gebucht und die Zinsen dort berechnet werden. Die gleichen Eintragungen werden in den Büchern der Kasse gemacht. Bei jedem Geschäft des Einlegers mit der Sparkasse ist das Sparkassenbuch mit vorzulegen. In der Regel sind dem Sparkassenbuch die Satzungen der dasselbe ausstellenden Kasse beigegeben, in denen unter anderem Bestimmungen über die Art und Höhe der Verzinsung, etwaige Kündigungsfristen und dergleichen enthalten zu sein pflegen.[6]) Das Sparkassenbuch wird

[6]) Nach dem preussischen „Reglement, die Einrichtung des Sparkassenswesens betreffend", vom 12. Dezember 1838 (Preussische Gesetzsammlung für 1839 Seite 5–14) No. 13 und 17 soll ein auf Grund desselben errichtetes Statut und eine Zinstabelle den Sparkassenbüchern beigefügt werden. Über die Bestimmungen, welche dies Statut zu enthalten hat, vergl. ebenda No. 18.

meistens in der Form ausgestellt, dass es auf seinem Titelblatt den Namen des Einlegers trägt, beziehungsweise desjenigen, in dessen Interesse die Einlagen gemacht werden.[7])

Das Sparkassenbuch ist danach in erster Linie eine Quittung über einen seitens des Einlegers an die Kasse gezahlten Betrag, beziehungsweise eine Schuldurkunde, in

[7]) Dies dürfte wenigstens in den altpreussischen Provinzen als Regelfall anzusehen sein. Das preussische Sparkassenreglement, das hier für die Einrichtung der Sparkassen massgebend ist, bestimmt nämlich unter No. 14 Abs. 1: „Die Sparkassenbücher sind unter fortlaufenden Nummern auszustellen, dergestalt, dass die Bücher der Kasse hinsichtlich der Nummer und des Einlagebetrages den den Einlegern ausgehändigten Sparkassenbüchern entsprechen. In beiden ist der Name des Einlegers einzutragen". Vergl. auch ebenda No. 22 Abs. 2.

Daneben gibt es noch manche andere Arten.

So wird oft, um einem unrechtmässigen Erwerber des Sparbuchs die Abhebung der Spareinlage möglichst zu erschweren, auf dem Titelblatt nur eine Nummer vermerkt, welche auf die entsprechende Seite im Hauptbuch der Kasse verweist, wo der Name des Berechtigten verzeichnet steht.

Aus dem gleichen Grunde bedarf es oft bei der Abhebung der Angabe eines nur dem Berechtigten und dem auszahlenden Beamten bekannten Stichwortes.

Ferner gibt es Sparkassenbücher mit Coupons, welche man herausreissen und selbständig einlösen kann.

Auch kommen Sparkassenbücher vor, welche von vornherein als sogenannte „gesperrte" Bücher ausgegeben werden, d. h. der Berechtigte kann bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses (Militärpflicht des Sohnes, Heirat der Tochter) garnichts oder doch nur die Zinsen abheben.

Die Varianten sind hiermit keineswegs erschöpft.

Vergl. Hoeltzenbein a. a. O. Seite 7, dem die vorgenannten Beispiele entnommen sind, und der dort noch einige andere Arten aufzählt.

Unterscheiden sich die Sparkassenbücher demnach auch sehr in der äusseren Form, so werden sie rechtlich doch meist übereinstimmend den Charakter der Legitimationspapiere tragen. Vergl. Seite 19, 20 dieser Arbeit.

der sich die Kasse zur Verzinsung und Wiederauszahlung verpflichtet.

Regelmässig ist aber die Erhebung der eingezahlten Beträge an die Innehabung des Sparkassenbuchs geknüpft. Das Sparkassenbuch hat daher eine weitergehende Bedeutung: Es ist Wertpapier.[8])

Die Wertpapiere zerfallen in drei grosse Gruppen: die Rekta-, Ordre- und Inhaberpapiere.

Als „Rektapiere" bezeichnet man diejenigen Wertpapiere, in denen sich der Aussteller einer bestimmten Person verpflichtet.

Unter „Ordrepapieren" versteht man Wertpapiere, in denen sich der Aussteller einer bestimmten Person und zugleich demjenigen verpflichtet, der das Papier durch Indossament erwerben wird.

Beim „Inhaberpapier" endlich hat sich der Schuldner verpflichtet, schlechthin an den Inhaber des Papieres zu leisten.

Theoretisch würde nichts im Wege stehen, die Sparkassenbücher als Inhaber- oder als Rektapapiere auszugeben.

Unzulässig wäre dagegen die Ausstellung als Ordrepapier, da die Zahl der Ordrepapiere gesetzlich beschränkt ist und das Sparkassenbuch nicht zu ihnen gehört.[9])

Aber auch die Ausgestaltung der Sparkassenbücher zu Inhaber- oder Rektapieren wird aus Gründen des praktischen Lebens so gut wie garnicht vorkommen.[10])

[8]) Über den Begriff der Wertpapiere vergl. Jacobi, die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reichs Seite 23; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Band 2 Seite 328; Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Band 2 § 191 Seite 147; Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts § 76 III.

[9]) Die Ordrepapiere sind erschöpfend aufgezählt in § 363 H. G. B. und Artikel 9 W. O.

[10]) Das preussische Sparkassenreglement — No. 22 Abs. 2 — verbietet schlechthin die Ausstellung von Sparkassenbüchern auf den Inhaber.

Namentlich stehen der Verausgabung als Inhaberpapier erhebliche wirtschaftliche Bedenken entgegen. Die Sparkasse soll eine Ansammlungsstelle kleiner Beträge sein, soll insbesondere den geringen Leuten Gelegenheit bieten, sich einen Notpfennig zurückzulegen, der nur in den zwingendsten Fällen angegriffen wird.[11]) Ebenso soll das Sparkassenbuch seinem wirtschaftlichen Zweck nach dauernd in der Hand des Einlegers verbleiben und höchstens vorübergehend als Pfandobjekt dienen. Zu dieser Bestimmung der Sparkassen und Sparkassenbücher würde es im geraden Gegensatz stehen, wollte man die letzteren durch Ausfertigung als Inhaberpapier umlaufsfähig machen und dadurch geradezu zu Zahlungsmitteln und Verkehrspapieren gestalten; abgesehen davon, dass sich dadurch auch die Verlustgefahr in unnötigem Masse erhöhen würde.

Eher wäre eine Verausgabung als Rektapapier denkbar. Der Einleger hätte bei dieser Form der Sparkassenbücher die grösste Garantie dafür, dass sein Guthaben nicht ohne sein Wissen und Willen von einem Unberechtigten abgehoben würde; denn die Kassen, die nur durch Zahlung an den Berechtigten von ihrer Schuld befreit werden könnten, würden schon in ihrem eigenen Interesse zu strengster Prüfung der Legitimation des Vorzeigers verpflichtet sein. Umgekehrt könnte es aber auch bisweilen für den Einleger sehr zeitraubend und kostspielig sein, sich als den Berechtigten auszuweisen. Es würde hierfür gegebenenfalls umständlicher gerichtlicher oder notariellen Verhandlungen[12]) bedürfen, deren Kosten in der Regel in keinem Verhältnis zu den ihrer Natur nach doch immer nur niedrigen Sparkasseneinlagen stehen würden, ja deren Betrag mitunter gar übersteigen könnten. Die Ausgestaltung der Sparkassenbücher

[11]) Diese Zweckbestimmung der Sparkassen durchzieht das ganze preussische Sparkassenreglement. Besonders zum Ausdruck gelangt ist sie dort ausserdem in No. 4c.

[12]) Wir erinnern beispielsweise nur an die eventuell erforderliche Ausstellung einer Erbbescheinigung.

zu Rektapapieren würde den Geschäftsverkehr der Kasse mit dem Publikum in unliebsamer Weise erschweren und dadurch manchen abschrecken, sein Geld der Sparkasse anzuvertrauen. Die Kassen sind daher schon um ihrer selbst willen genötigt, von dieser Form Abstand zu nehmen.

Die Unzuträglichkeiten, welche die Verausgabung der Sparkassenbücher als Rekta- wie als Inhaberpapiere im Gefolge hat, werden vermieden, wenn dieselben als Legitimationspapiere ausgefertigt werden.

In diesem Falle stellen die Sparkassen ihre Sparkassenbücher auf den Namen des Einlegers aus.[13]) Sie nehmen aber gleichzeitig in ihre Statuten die sog. Legitimationsklausel auf, d. h. eine Bestimmung, wonach sie im einzelnen Falle zu einer Prüfung der Legitimation des Präsentanten nicht verpflichtet sind, sondern durch Zahlung an den jeweiligen Inhaber liberiert werden, sofern ihnen nicht dessen Nichtberechtigung bekannt ist.[14]) [15])

Die Aufnahme der Legitimationsklausel kann als Regelfall angesehen werden.[16]) Wir dürfen und wollen daher

[13]) Oder in einer anderen der früher — Seite 16 Anm. 7 — angegebenen Formen.

[14]) Oder aus Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Vergl Anm. 23 Abs. 2.

[15]) Vergl. z. B. Statut der Kreissparkasse zu Bielefeld § 18 Abs. 1: Die Auszahlung von Spargeldern erfolgt in der Regel an denjenigen, welcher das Sparbuch vorlegt. Die Kreissparkasse ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Legitimation des Abhebers zu prüfen; sie vertritt aber nicht einen bei der Legitimationsprüfung vorgefallenen Irrtum, wenn nicht vor der Auszahlung gegen die ganze oder teilweise Rückzahlung eines Guthabens Einspruch erhoben und in den Büchern der Kreissparkasse eingetragen ist.

[16]) Das preussische Sparkassenreglement — No. 14 Abs. 2 — gibt den Kommunen ausdrücklich die Berechtigung, in die Statuten ihrer Sparkassen eine derartige Bestimmung aufzunehmen. Ist dies mithin auch nur ein Recht, nicht eine Pflicht der Kassen, so dürften doch de facto kaum Fälle vorkommen, wo von dieser

unseren weiteren Untersuchungen das gewöhnliche, in üblicher Weise als Legitimationspapier ausgefertigte Sparkassenbuch zu Grunde legen.

Wir fragen deshalb kurzer Hand nach der rechtlichen Natur des Legitimationspapieres als solchen.

Unter Legitimationspapieren[17]) versteht man Wertpapiere, die zwar auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten, bei denen aber kraft besonderer Vertragsberedung[18]) die Leistung mit befreiender Wirkung für den Schuldner nach dessen Belieben auch an jeden Inhaber des Papiers bewirkt werden kann.

Sie gehören rechtlich weder zu den Rekta- noch zu

Berechtigung nicht Gebrauch gemacht worden wäre. So auch v. Hillebrandt, „Die unberechtigte Erhebung einer fremden Sparkassenforderung", Greifswalder-Inaugural-Dissertation 1896, Seite 20.

[17]) Uns beschäftigen hier die Legitimationspapiere nur insoweit, als sie Wertpapiere sind, was sie nicht notwendigerweise zu sein brauchen. Vergl. z. B. Brunner a. a. O. Seite 175, Cosack a. a. O. Seite 332. — Oertmann, Kommentar zum B. G. B. Recht der Schuldverhältnisse, Anm. zu § 808 Seite 533, spricht deshalb von „Legitimationszeichen". Die Nomenklatur für die Legitimationspapiere, soweit sie Wertpapiere sind, ist übrigens sehr mannigfach. So finden sich die Bezeichnungen: „hinkende Inhaberpapiere, hinkende Namenpapiere, unechte Inhaberpapiere, inhaberpapierähnliche Namenpapiere" u. s. w. Doch sind u. E. alle diese Benennungen nicht so prägnant wie der Ausdruck „Legitimationspapier". Insbesondere scheinen uns die Zusammensetzungen mit dem Worte „Inhaberpapier" wenig glücklich gewählt zu sein, da die Legitimationspapiere gerade zu den Inhaberpapieren in einem scharfen Gegensatze stehen.

[18]) Dies ist die sog. Legimationsklausel, auch Präsentations- oder alternative Inhaberklausel genannt. Sie ist an keine bestimmte Form gebunden, doch wird die Schriftform die Regel sein. Es genügt indessen, wenn sie bei der Ausgabe der Urkunde vom Schuldner mündlich oder auch nur stillschweigend ausbedungen worden ist. Vergl. Planck, Kommentar zum B. G. B. Anm. 2b zu § 808 Seite 567.

den Inhaberpapieren, sondern nehmen eine Mittelstellung zwischen beiden ein.[19])

Es sei gestattet, kurz auf den Gegensatz hinzuweisen, in dem sie zu den Inhaberpapieren stehen, da dieser für den zweiten Teil der vorliegenden Arbeit von Bedeutung ist.

Er beruht auf dem grundlegenden Unterschied, dass der Schuldner zur Leistung an den Inhaber beim Legitimationspapier berechtigt, beim Inhaberpapier verpflichtet ist.

Beim Legimatitionspapier erfolgt die Aufnahme der Legitimationsklausel einzig und allein im Interesse des Schuldners. Der Schuldner soll auf Grund derselben im einzelnen Falle einer umständlichen Legitimationsprüfung enthoben sein, nicht jedoch soll der Gläubiger dadurch von seiner Verpflichtung zur Legitimierung befreit werden.[20]) Es ist dem Schuldner gestattet, ohne eine solche Prüfung vorzunehmen, an den Inhaber schlechthin gegen Aushändigung des Papiers zu leisten; er kann aber in eine Prüfung der Verfügungsberechtigung eintreten und den Nachweis verlangen, dass der Vorzeiger der Urkunde der Gläubiger selbst oder dessen Rechtsnachfolger oder Bevollmächtigter sei, und nur wer ihm diesen Beweis erbringt, ist berechtigt, die Leistung zu

[19]) So die herrschende Meinung. Vergl. z. B. Brunner a. a. O. Seite 175; Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche Band 1 Seite 501. Jacobi a. a. O. Seite 236, 237 und Cosack a. a. O. Seite 332 rechnen sie noch mit zu den Rektapapieren; sie stehen aber, soviel wir sehen, mit dieser Ansicht ganz allein. Für die rechtliche Beurteilung der Legitimationspapiere ist jetzt § 808 B. G. B. massgebend. Doch sind die bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften — z. B. das preussische Sparkassenreglement vom 12. Dezember 1838 — daneben in Kraft geblieben. Vergl. Siméon a. a. O. Seite 501; Planck, Kommentar zum B. G. B. Anm. 5 zu § 808.

[20]) So auch ein Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Dresden, abgedruckt bei Feisenberger a. a. O. Seite 7, und des Reichsoberhandelsgerichts, abgedruckt bei v. Hillebrandt a. a. O. Seite 21.

verlangen. Neben dem Recht am Papier steht mithin als etwas völlig von ihm getrenntes das Recht aus dem Papier.

Der Präsentant eines Inhaberpapiers dagegen kann schon auf Grund der Tatsache, dass er das Papier in Händen hat, die in demselben verbriefte Leistung vom Schuldner beanspruchen. Dieser ist nicht befugt, von ihm erst den Nachweis für sein Recht zur Einziehung der Forderung zu verlangen. Verweigert der Schuldner die Leistung, so tut er es auf eigene Gefahr, denn ihm liegt es gegebenen Falls ob, den Beweis zu erbringen, dass der Inhaber zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Wer über ein Inhaberpapier verfügt, der verfügt auch über die darin verbriefte Leistung. Wer das Papier veräussert oder belastet, der veräussert oder belastet damit auch zugleich das Recht. Das Recht am Papier und das Recht aus dem Papier fallen hier schlechterdings zusammen. Das Papier verkörpert die Obligation; Urkunde und Forderung indentificieren sich, so dass die letztere einer körperlichen Sache völlig gleichgestellt ist.

Wird mir ein Inhaberpapier entwendet, so nützt mir eine rechtzeitige Benachrichtigung des Schuldners garnichts, falls der spätere Präsentant redlicher Erwerber ist,[21]) beziehungsweise ihm sein unredlicher Erwerb nicht nachgewiesen werden kann. Der Schuldner ist zur Zahlung an ihn verpflichtet, das Papier hat also seinen Wert behalten; und da die Leistung für den Schuldner von befreiender Wirkung ist, bin ich meiner Forderung verlustig gegangen.

Wird mir dagegen ein Legitimationspapier fortgenommen, so hat es seinen Wert verloren, wenn ich den Schuldner von dem Verlust des Papiers in Kenntnis setze, ehe es ihm zur Zahlung vorgelegt wird. Er kann sich dann nicht darauf berufen, er sei zur Prüfung der Legitimation nicht verpflichtet. Die Legitimationsklausel ist vielmehr in diesem

[21]) Dieser wird civilrechtlicher Eigentümer, auch wenn das Papier gestohlen ist. § 935 Abs. 2 B. G. B.

Falle ausser Kraft gesetzt. Wollte er gleichwohl in Kenntnis des Verlustes zahlen, so wäre er bösgläubig. Er würde durch Zahlung an einen Nichtberechtigten[22]) mithin nicht liberiert und ich behielte meine Forderung.[23])

Die Unterschiede zwischen Inhaber- und Legitimationspapier sind hiermit noch keineswegs erschöpft.[24])

Aber auch schon das bisher Vorgetragene — auf unseren besonderen Fall bezogen — genügt, um klar und deutlich zu zeigen: Das normale Sparkassenbuch darf rechtlich nicht als Inhaberpapier behandelt werden.

Es ist zwar nicht zu verkennen, dass es wirtschaftlich oft dem Inhaberpapier sehr nahe gerückt ist, da besonders in grossen Städten, wo die einzelnen Einleger den Sparkassenbeamten unmöglich sämtlich bekannt sein können, und bei Kassen mit lebhaftem Verkehr diese schlechthin an jeden Inhaber des Buches zahlen werden. Dieser Umstand ist

---

[22]) Auch der redliche Erwerber eines gestohlenen Legitimationspapiers ist als Unberechtigter anzusehen, da er civilrechtliches Eigentum nicht erworben hat. § 935 Abs. 1 B. G. B.

[23]) So die herrschende und u. E. richtige Meinung. Vergl. Brunner a. a. O. Seite 175, 176; Oertmann a. a. O. Anm. 1b zu § 808; Doerr a. a. O. Seite 6 ff. bes. Anm. 15 und Anm. 22; Binding, Lehrbuch § 70 Seite 265, 266 Anm. 1; v. Hillebrandt a. a. O. Seite 24—26 und andere. Dagegen allerdings Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 808 Seite 567 und in eingehender Begründung in Anm. 3b zu § 793 Seite 550.

Der wissentlichen Leistung an einen Unberechtigten wird man richtiger Ansicht nach den Fall der Leistung an einen Nichtberechtigten aus fahrlässiger Unkenntnis gleichzustellen haben; sei es, dass die Legitimationsprüfung trotz des Vorliegens von Verdachtsmomenten fahrlässiger Weise überhaupt unterblieben oder dass sie fahrlässig vorgenommen worden ist. So auch Brunner und Oertmann an den vorher citierten Stellen, sowie Doerr a. a. O. Seite 5 bes. Anm. 8.

[24]) Sie sind nur insoweit angeführt worden, als sie für die vorliegende Arbeit interessieren. Über weitere Unterschiede vergl. z. B. v. Hillebrandt a. a. O. Seite 21—23 und Feisenberger a. a. O. Seite 8—11.

jedoch auf die rechtliche Natur des Buches ganz ohne Einfluss. Der Charakter als Legitimationspapier tritt auch sofort wieder klar zu Tage, wenn die Kasse in einem Falle aus irgend welchen Gründen von ihrer sonst üblichen Geschäftspraxis abweicht und von dem Präsentanten den Nachweis seiner Berechtigung verlangt. —

Am Schluss dieses Paragraphen möge noch mit wenigen Worten die rechtliche Natur des Sparkassengeschäfts gestreift werden. Man hat darüber gestritten, ob das Sparkassengeschäft — d. h. die Hingabe von Geld seitens des Einlegers an die Kasse und die Verpflichtung der letzteren zur Aufbewahrung, Verzinsung und Rückzahlung — als depositum irregulare oder als Darlehn aufzufassen sei. Vorwiegend hat man sich für das Erstere entschieden und zur Begründung angeführt, die Hingabe des Geldes erfolge im Interesse des Einlegers, es könne sich daher nicht um ein Dahrlehn, das in der Regel im Interesse des Darlehnsnehmers erteilt werde, sondern nur um ein depositum handeln.[25])

War die angeschnittene Frage schon früher nur von geringer praktischer Bedeutung, so hat sie jetzt überhaupt keinen realen Wert mehr, da nach § 700 B. G. B. auf das depositum irregulare, das im geltenden Recht als besonderes Rechtsinstitut nicht mehr anerkannt wird, die Vorschriften über das Darlehn Anwendung finden. Es darf daher die Entscheidung dieses Streitfalles, die für die nachfolgenden Erörterungen übrigens völlig belanglos ist, auf sich beruhen bleiben.

---

[25]) So z. B. Feisenberger a. a. O. § 1 und Hoeltzenbein a. a. O. § 2, die aber im Einzelnen in der Begründung wieder von einander abweichen.

II. Teil.

Die strafrechtliche Würdigung des Falles rechtswidriger Hebung fremder Sparguthaben.

§ 3.

a) Diebstahl.

Kehren wir nach dem civilrechtlichen Exkurs in § 2 nunmehr zur strafrechtlichen Würdigung des von uns zur Erörterung gestellten Falles zurück! —

Wir haben uns zunächst mit der Anschauung auseinanderzusetzen, derselbe stelle einen Diebstahl am Sparkassenbuch vor.

Einen Diebstahl begeht, wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen. (§ 242 R. St. G. B.)

Aus der Definition des Gesetzes ergeben sich folgende Tatbestandsmerkmale:

1. Gegenstand des Delikts kann nur eine Sache — d. h. ein körperlich begrenztes Stück der uns umgebenden Aussenwelt — sein, und diese auch nur, soweit sie beweglich — d. h. nicht fest mit Grund und Boden verbunden — ist.[26])

[26]) Die civilrechtlichen Vorschriften sind hier nicht massgebend. Alle nach dem Civilgesetz für unbeweglich erachteten bewegbaren Pertinenzstücke eines Immobiles gehören z. B. hierher. Vergl. Oppenhoff, Kommentar zum St. G. B. Anm. 13 zu § 242.

2. Diese Sache ist weiter als Diebstahlsobjekt nur dann geeignet, wenn sie für den Dieb eine fremde — d. h. im civilrechtlichen Eigentum eines Anderen stehende — ist.

3. Das Delikt wird begangen, indem der Dieb die Sache aus dem Gewahrsam des Eigentümers (oder, falls dieser den Gewahrsam nicht selbst ausübt, aus dem des jeweiligen Inhabers) entfernt und den eigenen Gewahrsam an ihr begründet;

4. vorausgesetzt, dass er dabei Willens ist, unbefugterweise die Sache unter dauernder Ausschliessung der Verfügungsgewalt des Eigentümers zum Gegenstande seines Vermögens zu machen.[27])

Es möge hier gleich der Standpunkt, den wir zu der Frage nach dem Vorliegen von Diebstahl einnehmen, dargelegt und dahin präcisiert worden: Es fehlt dem Wegnehmenden die Absicht rechtswidriger Zueignung;[28]) beim Mangel dieses gesetzlichen Tatbestandsmerkmals ist die angeregte Frage zu verneinen.

Das Bestreben der Gegner muss naturgemäss darauf gerichtet sein, den Gegenbeweis dahin zu führen, dass das genannte Tatbestandsmerkmal vorhanden sei. Bei diesem Bemühen sind sie u. E. in zweifacher Hinsicht in einen Fehler verfallen: Sie haben zum Teil die Natur des Diebstahlsobjekts, zum Teil den Begrift der rechtswidrigen Zueignungsabsicht nicht hinreichend gewürdigt.

I. a) In die erste Kategorie gehört eine ganze Reihe von Entscheidungen der Praxis. Da es nicht möglich ist, im Rahmen der vorliegenden Arbeit sie einzeln zu besprechen, sei es gestattet, ein besonders charakteristisches Erkenntnis herauszugreifen, dies zu kritisieren und auf solche Weise die Mängel, welche nach unserem Dafürhalten der ganzen Gruppe anhaften, darzulegen.

---

[27]) Vergl. zu 4 Teil II dieses Paragraphen.
[28]) Vergl. Doerr a. a. O Seite 21 unten, 22 oben.

Hierzu möge das Urteil des Reichsgerichts vom 7. März 1891 [29]) dienen, dessen Tatbestand sich mit dem von uns angenommenen Falle völlig deckt.

Das Reichsgericht führt dort aus, dass, wenn der Täter auch von der Absicht geleitet gewesen sei, das Sparkassenbuch nach Abhebung eines Teilbetrages dem rechtmässigen Eigentümer zurückzubringen, doch ein Diebstahl vorliege, da „das Sparkassenbuch nicht als Buch schlechthin, sondern als Beweisurkunde für die darin verbriefte Forderung und als Legitimationspapier für den jeweiligen Inhaber, mithin als Wertpapier in Betracht zu ziehen sei, welches ein Vermögensobjekt für den berechtigten Besitzer und gleichermassen ein geeignetes, begehrenswertes Objekt für eine widerrechtliche Aneignung nur darstelle, wenn und insoweit es eine unerhobene Sparkasseneinlage nachweise, so dass von diesem Gesichtspunkte aus Buch und Einlage sich identificierten". Mit Recht gehe daher der erste Richter davon aus, dass „die Absicht des Täters bei einer jeden Wegnahmehandlung darauf gerichtet gewesen sei, einen bestimmten Teil des Sparkassenbuches, nämlich seiner vermögensrechtlichen Substanz sich zuzueignen". Ein jeder dieser Diebstähle sei mit der in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung ausgeführten und vollzogenen Wegnahme des Sparkassenbuchs aus dem Gewahrsam des rechtmässigen Eigentümers vollendet gewesen, auch soweit der letztere nur einen Teil der Einlage sich aneignen wollte, denn „im Ganzen ergriff er auch den Teil".

Verfehlt ist es u. E. zunächst, wenn das Reichsgericht, indem es dem Sparkassenbuch als Buch! das Sparkassenbuch als Wertpapier gegenüberstellt, von der Ansicht ausgeht, das letztere sei bei der Frage, ob Diebstahl am Sparkassenbuche vorliege, in Betracht zu ziehen. Beide sind zwar begrifflich verschieden, aber körperlich nicht von einander zu trennen; und Objekt des Diebstahls kann immer nur das Sparkassenbuch als

[29]) a. a. O. Vergl. § 1 dieser Arbeit unter I[a].

Sache, d. h. als Summe von Blättern mit den darauf befindlichen Eintragungen des Sparkassenbeamten sein.[30]) Auf die Wegnahme des Buches als einer körperlichen Sache ist im vorliegenden Falle der Wille des Täters auch allein gerichtet. Allerdings ist der Beweggrund, der ihn dabei leitet, nicht die Absicht, sich die — ökonomisch beinahe = 0 zu bewertende[31]) — Materie des Buches als solchen[32]) zuzueignen, diese will er ja vielmehr unverletzt und nur um eine Eintragung vermehrt dem Eigentümer zurückgeben, sondern die Erwartung, das die Innehabung des Buches ihm, wenn auch nicht die rechtliche, so nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge doch die faktische Möglichkeit gewähren werde, einen Teil der Spareinlage zu erheben.[33]) Insofern ist das Sparkassenbuch allerdings nur in seiner Eigenschaft als Wertpapier für ihn von Bedeutung und interessiert ihn nur, „wenn und insoweit es eine unerhobene Spareinlage nachweist". Diese, das Motiv des Täters zur Wegnahme des Buches bildende Bereicherungsabsicht ist jedoch für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen von Diebstahl etwas völlig Irrelevantes und kann in keiner Weise den etwa fehlenden, zum gesetzlichen Diebstahlstatbestande gehörigen Zueignungswillen ersetzen.[34]) Wie sich aus der

[30]) Vergl. Doerr a. a. O. Seite 22 Anm. 50.

[31]) Nach Brucke a. a. O. Seite 211 Anm. 1 wird beispielsweise in Berlin die Materie der Sparkassenbücher nur mit 10 Pfennig berechnet.

[32]) Feisenberger a. a. O. Seite 23 nennt sie im Gegensatz zu der „vermögensrechtlichen" Substanz des Sparkassenbuches, worunter das Reichsgericht offenbar die Spareinlage verstanden wissen will, dessen „natürliche" Substanz.

[33]) Es darf hier und für das folgende wohl auf § 2 dieser Arbeit verwiesen werden.

[34]) Vergl. Doerr a. a. O. Seite 20 bes. Anm. 46, Rotering, „Über die Zueignung im Sinne der §§ 242, 246 des St. G. B.'s" im Gerichtssaal Band 26 Seite 520—538 und 561—575, Seite 530 unten. Anders beim Betrug (§ 263 St. G. B.). Dort genügt die Absicht, „sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen."

Legaldefinition des § 242 St. G. B. ergibt, charakterisiert sich als solcher allein die Absicht des Wegnehmenden, eine Sache, und zwar gerade die weggenommene Sache seinem Vermögen zuzuführen. An einem solchen Willen des Täters mangelt es. Denn seine Zueignungsabsicht — wenn der Kürze halber dieser, nach dem eben Vorgetragenen hier nicht ganz präcise Ausdruck erlaubt sein möge — richtet sich nicht gegen das weggenommene Sparkassenbuch, sondern gegen die Sparkasseneinlage, gegen ein Forderungsrecht; also überhaupt nicht einmal gegen eine körperliche Sache, sondern gegen einen ideellen Vermögenbestandteil.

Das Reichsgericht hilft hier freilich, indem es Sparkasseneinlage und Sparkassenbuch, „vermögensrechtliche" und „natürliche" Substanz kurzer Hand einander gleichstellt; alsdann in seiner Beweisführung — wie bei einer mathematischen Aufgabe — jene durch diese ersetzt und so einen die weggenommene körperliche Sache treffenden Zueignungswillen konstruiert. Mit Hilfe der von ihm vorgenommenen Identificierung gelangt das Reichsgericht auf Grund einer weiteren — von seinem Standpunkt allerdings ganz logischen — Schlussfolgerung dann sogar dahin, die Wegnahme des Buches in der Absicht, einen Teil der Einlage zu erheben, als Diebstahl eines Teiles des Sparkassenbuchs anzusehen.

Eine Identificierung von Sparkassenbuch und Sparguthaben, wie sie das Reichsgericht vornimmt, ist aber normaler Weise nicht zulässig und wird jedenfalls nicht dadurch motiviert, dass die Absicht, das letztere teilweise zu erheben, den Beweggrund zur Wegnahme des ersteren gebildet hat.

Sie wäre nur dann gerechtfertigt, wenn das Sparkassenbuch ein reines Inhaberpapier wäre.[35]) In diesem Falle würde es seinem Inhaber als solchen schlechthin die Be-

[35]) In diesem Ausnahmefall würde sich der zur Erörterung stehende Tatbestand allerdings als Diebstahl des Sparkassenbuches charakterisieren. Vergl. Doerr a. a. O. Seite 13 ff. bes. Anm. 29.

fugnis gewähren, über das darin verbriefte Guthaben zu verfügen. Das Recht am Buch würde notwendiger Weise zusammenfallen mit dem Recht aus dem Buch. Ein auf die Zueignung der Einlage gerichteter Wille, der nicht gleichzeitig auch auf die Zueignung des Buches gerichtet wäre, wäre garnicht denkbar; denn das Sparkassenbuch als solches würde — gleich der Banknote, dem Kassenschein — den Wert des Guthabens, auf das es lautet, besitzen.

Wie jedoch früher zu zeigen versucht worden ist, ist das gewöhnliche Sparkassenbuch Legitimationspapier und darf rechtlich nicht als Inhaberpapier behandelt werden. Bei ihm sind das Recht aus dem Papier und das Recht am Papier etwas so völlig von einander Getrenntes, dass es nicht zulässig ist, sie zu identificieren.[36]) An die Stelle der Sparkassenforderung, das Buch, dass zu deren Geltendmachung dient, zu setzen, ist daher beim normalen Sparkassenbuch, das wir allein in den Kreis unserer Erörterungen ziehen, und das offenbar auch dem uns beschäftigenden Reichsgerichtserkenntnisse zu Grunde liegt,[37]) nicht angängig.[38])

Um in dem Sinne, wie es das Reichsgericht tut, von Diebstahl an Teilen des Sparkassenbuches sprechen zu können, wäre es, abgesehen davon, dass das Sparkassenbuch reines Inhaberpapier sein müsste, ausserdem erforderlich, dass es sich in äusserlich unterscheidbare und trennbare, über einen bestimmten Betrag lautende Stücke scheiden liesse, wie dies z. B. bei Zins- und Dividendenbogen oder bei Abonnementskarten der Fall ist. In diesem Falle wäre das Sparkassenbuch ein teilbares Wertobjekt, und es wäre möglich, sich ein — in körperlicher, wie in vermögensrechtlicher Hinsicht — selbständiges Teilstück desselben

[36]) Ebenso das Reichsgerichtsurteil vom 1. Mai 1884: . . . . . Unrichtig ist . . . . . die Ansicht, das weggenommene Sparkassenbuch sei der Wertträger der in demselben enthaltenen Forderung gewesen . . . . .

[37]) Jedenfalls ist das Gegenteil nicht daraus zu ersehen.

[38]) Vergl. Doerr a. a. O. Seite 27.

zuzueignen. Eine in dieser Absicht erfolgende Wegnahme des ganzen Buches würde dann allerdings als Diebstahl eines Teiles des Sparkassenbuches aufzufassen sein. Liegen die beiden genannten Vorausetzungen jedoch nicht vor, so nimmt derjenige, der ein Sparkassenbuch fortnimmt, das Buch in seiner natürlichen Substanz als Ganzes fort, mag er dabei auch die Absicht haben, nur einen Teil der Spareinlage abzuheben und danach das Buch zurückzugeben. Eines Diebstahls macht er sich, mangels eines auf das Buch gerichteten Zueignungswillens, überhaupt nicht schuldig.

Wie sich aus dem Gesagten ergibt, behandelt das Reichsgericht in dem zur Erörterung stehenden Erkenntnisse das Sparkassenbuch schlechthin als Inhaberpapier (wenn es auch in dem Urteile selbst diese Bezeichnung vermeidet und von Legitimationspapieren spricht) und verkennt damit den rechtlichen Charakter des Diebstahlsobjekts. Die auf dieser irrigen Anschauung sich aufbauende, hier und in den analogen Entscheidungen der Praxis für das Vorliegen von Diebstahl am Buch gegebene Begründung darf daher wohl mit Recht als verfehlt bezeichnet werden.

b) Einer Verkennung des Diebstahlsobjekts, wenn auch in anderer Hinsicht als das Reichsgericht, macht sich u. E. auch Hartmann[39]) schuldig, der das Vorliegen von Diebstahl etwa folgendermassen begründet:

Wer einem Anderen ein Sparkassenbuch in der Absicht wegnimmt, einen Teil der Spareinlage abzuheben und sodann das Sparkassenbuch dem rechtmässigen Inhaber zurückzubringen, weiss, dass im gewöhnlichen Verlauf der Dinge die Abhebung die Folge haben muss, dass in das Sparkassenbuch eine Eintragung gemacht wird, welche die Höhe des abgehobenen Betrages ergibt, und welche es mit sich bringt, dass der rechtmässige Eigentümer, wenn er wieder in den Besitz des Buches gelangt, doch nur den Betrag der Einlage, abzüglich des vom Wegnehmenden erhobenen

[39]) a. a. O. Vergl. § 1 dieser Arbeit unter I[a].

Betrages auf dasselbe wird erheben können. Er weiss also auch, dass er dem Bestohlenen nicht dieselbe, sondern eine um den Betrag des erhobenen Geldes entwertete Urkunde, also eine andere, zurückbringen wird. Dem Diebe ist es nach Erhebung eines Teiles der Spareinlage aber auch garnicht mehr möglich, die alte Urkunde zurückzubringen, denn er hat sie im eigenen Interesse verbraucht. Durch die bei der Abhebung erfolgte Eintragung des Sparkassenbeamten ist sie untergegangen, und eine neue ist an ihre Stelle getreten. Denn die Substanz einer schriftlichen Urkunde bildet nicht den Stoff, der sie trägt, sondern die beurkundenden Zeichen. Werden diese abgeändert, so ist dadurch die Urkunde ihrer Substanz nach eine andere geworden, auch wenn der Stoff unversehrt ist.

Wie sich aus dem Vorgetragenen ergibt, legt Hartmann seinen Untersuchungen das Sparkassenbuch als Beweisurkunde zu Grunde.[40]) Seiner Ansicht nach bilden die in dem Sparkassenbuch bei der Wegnahme desselben vorhandenen Eintragungen ein einheitliches Ganzes, eine in sich geschlossene Urkunde, die durch eine neue Eintragung als solche vernichtet wird. Gegen sie richtet sich nach seiner Meinung der Zueigungswille des Täters, diese will er in seinem Interesse verbrauchen.[41])

Den Ausführungen Hartmanns ist Folgendes entgegenzustellen: Die Urkunde als solche, d. h. die beurkundenden Zeichen, lassen sich in unserem Falle von dem Papier, auf dem sie stehen, nicht trennen.[42]) Ich kann mir jene nur aneignen, indem ich mir dieses aneigne. Da sich aber, wie früher gezeigt, auf das Buch als Papier der Zueignungs-

[40]) Vergl. Binding a. a. O. Seite 265 Anm. 1.

[41]) Der im eigenen Interesse erfolgende völlige Verbrauch ist eine Art der Zueignung. Vergl. den II. Teil dieses Paragraphen, bes. Seite 39 auch Anm. 63.

[42]) Lassen sich die beurkundenden Zeichen und der Stoff, auf dem sie sich befinden, von einander trennen, so bilden zwar die ersteren, anderenfalls beide zusammen die Substanz der Urkunde.

wille des Täters nicht richtet, wären wir, wenn wir der Deduktion Hartmanns folgten, gezwungen, als Gegenstand der Aneignungsabsicht eine dem Sparkassenbuche innewohnende Eigenschaft, eben seine Urkundenqualität, anzunehmen. Dies ist aber etwas Gedachtes, Immaterielles, ein abstrakter Begriff, der schlechterdings nicht Objekt eines Diebstahls sein kann.[43]) Zudem wird durch Erhebung eines Teilbetrages der Spareinlage die Eigenschaft des Sparkassenbuches als Urkunde in keiner Weise geschmälert oder gar vernichtet: das Sparkassenbuch beweist hernach noch ebenso wie vorher den Bestand der Spareinlage zu einer bestimmten Zeit.[44]) Berührt wird dadurch lediglich die ihm weiterhin innewohnende Eigenschaft als Wertpapier. Indem es seinem Eigentümer nach Wiederzustellung nur noch die Möglichkeit gewährt, über die ursprüngliche Einlage abzüglich der erhobenen Summe verfügen zu können, ist es als solches für ihn allerdings von geringerer Bedeutung, von geringerem Wert, aber sonst auch als Wertpapier genau dasselbe wie früher. Es ist als solches wohl etwas qualitativ anderes, nicht aber etwas quantitativ anderes geworden.

Objekt des Diebstahls ist aber in unserem Falle, wie bereits oben dargelegt, das Sparkassenbuch weder als Beweisurkunde noch als Wertpapier, — dies zu verkennen, ist eben der Grundfehler der Hartmannschen Lehre — sondern als Buch.[45]) Denn den Gegenstand des Diebstahls bilden die Sachen selbst und nicht ihre Eigenschaften. Als solches ist es aber weder verbraucht, — da es eine unverbrauchbare

[43]) Vergl. Doerr a. a. O. Seite 19 bes. Anm. 43.

[44]) Vergl. die Redaktionsbemerkung zum Reichsgerichtserkenntnis vom 3. Oktober 1890 a. a. O. und Binding a. a. O. Wäre Hartmanns entgegengesetzte Ansicht richtig, so machte auch derjenige sich eines Diebstahls schuldig, der das Sparkassenbuch entwendet, um wider Willen des Eigentümers darauf eine Einlage zu machen; beispielsweise, um ihm eine Unterstützung zukommen zu lassen, die er sich ausdrücklich verbeten hat.

[45]) Vergl. Anm. 30.

Sache ist, kann von einem Verbrauch bei ihm überhaupt nicht die Rede sein[46]) —, noch entwertet oder im Werte gemindert. Es ist um eine Eintragung vermehrt, sonst aber gegen früher völlig unverändert und für seinen Zweck, die Eintragungen der Sparkassenbeamten in sich aufzunehmen, ebenso geeignet wie früher.

II. Eine andere Gruppe — ebenfalls überwiegend Entscheidungen der Praxis, daneben einige wenige Stimmen aus der Literatur umfassend — sucht die Ansicht, unser Fall charakterisiere sich als Diebstahl am Sparkassenbuch, in der Weise zu begründen, dass sie dem Begriff der rechtswidrigen Zueignung eine von der gemeinen Meinung völlig abweichende und u. E. verfehlte Deutung gibt.[47])

Es möge hier dasselbe Verfahren eingeschlagen werden, das im ersten Teil dieses Paragraphen zur Anwendung gelangt ist; es sei uns erlaubt, uns auf die Besprechung zweier besonders prägnanter Erkenntnisse zu beschränken, welche dieser Gruppe angehören: Wir meinen die Reichsgerichtsurteile vom 1. Mai 1884 und vom 3. Oktober 1890.[48]) In beiden liegt der Tatbestand dem von uns angenommenen Falle gleich.

In dem erstgenannten Erkenntnisse war der Vorderrichter, der freigesprochen hatte, von der Erwägung ausgegangen, dass der Wegnehmende nur einen vorübergehenden Gebrauch von dem weggenommenen Sparkassenbuche habe machen wollen. Die Wegnahme einer Sache zum vorübergehenden Gebrauch enthalte aber keine Zueignung, weil der Begriff der Zueignung den Vorsatz des Täters erfordere, dem Verletzten die Substanz der weggenommenen Sache zu entziehen und an ihr den Gesamt-

[46]) Vergl. Anm. 63.

[47]) In der Literatur hat diese Definition des Zueigungsbegriffs eine fast allgemeine Oppositon hervorgerufen. Vergl. die im Folgenden Citierten. Weitere bei Doerr a. a. O. Seite 14.

[48]) a. a. O. Vergl. § 1 dieser Arbeit unter I[a].

inhalt der Befugnisse auszuüben, welche der Eigentümer kraft seines Eigentums ausübt.

Das Reichsgericht führt demgegenüber aus, der Begriff der Zueignung setze keineswegs mit Notwendigkeit die auf definitive Entziehung der Substanz der weggenommenen Sache gerichtete Absicht voraus, eine Zueignung liege vielmehr schon dann vor, wenn der Wegnehmende beabsichtigt hatte, über die Sache nur eine einzelne Verfügung zu treffen, welche aber als zur ausschliesslichen Zuständigkeit des Eigentümers gehörig betrachtet werden muss.[49])

Im Urteil vom 3. Oktober 1890 gibt das Reichsgericht demselben Gedanken Ausdruck, indem es dort sagt: Zur Absicht der rechtswidrigen Zueignung sei nur erforderlich, dass der Wegnehmende die Absicht hatte, über die rechtswidrig in Besitz genommene Sache ausschliesslich gleich dem Eigentümer zu verfügen.[50]) Diese Absicht habe der Angeklagte dadurch betätigt, dass er die allein dem Eigentümer oder dessen Beauftragten zustehende Befugnis zur Erhebung eines Teiles der Einlage ausübte.

Dass die vorgetragene Ansicht des Reichsgerichts vom Begriff der rechtswidrigen Zueignungsabsicht irrig ist, dürfte sich aus nachstehenden Erwägungen ergeben:

Die rechtswidrige Zueignung zerfällt in zwei Stadien: die Enteignung und die Zueignung im engeren Sinne, die hier der leichteren Unterscheidung halber als „Aneignung" bezeichnet werden möge.[51])

[49]) Fast wörtlich ebenso im Erkenntnis vom 23. Februar 1897. (Entscheidungen Band 29 Seite 417.)

[50]) sc. wenn auch nur in einer bestimmten Hinsicht.

[51]) Ebenso richtig wäre es vielleicht, wie sich aus dem Folgenden ergibt, von „Besitzentsetzung" und „Besitzergreifung" zu reden. Wir schliessen uns jedoch der Nomenklatur Bindings an. Mit der civil- beziehungsweise öffentlich-rechtlichen „Aneignung" und „Enteignung" haben diese strafrechtlichen Begriffe natürlich nichts zu tun. Vergl. hierzu und zum Folgenden besonders Binding a. a. O. § 70 S. 264 ff., ferner v. Lißt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts § 127 namentlich Seite 431 und Rotering a. a. O.

Gegenstand einer rechtswidrigen Zueignung kann nur eine fremde, im civilrechtlichen Eigentum eines Anderen, als dem des Diebes, stehende Sache sein. Um mir eine solche rechtswidrig zueignen, sie meinem Vermögen zuführen zu können, muss ich sie daher notwendigerweise zuvor aus dem Vermögen des derzeitigen Eigentümers entfernen. Der Aneignung muss daher begrifflich stets eine Enteignung vorausgehen.[52])

Den Eigentümer aus seiner rechtlichen Stellung zur Sache zu verdrängen, ist dem Diebe aber nicht möglich. Der Dieb erwirbt regelmässig kein civilrechtliches Eigentum an der weggenommenen Sache, das Recht des früheren Eigentümers an ihr bleibt bestehen, auch wenn sie sich in der Hand des Diebes befindet.[53])

Für den Begriff der Enteignungsabsicht ist es daher ausreichend, dass der Wegnehmende dem derzeitigen Eigentümer die ausschliessliche tatsächliche Herrschaft über die Sache, den juristischen Besitz[54]), entziehen will.[55]) Ent-

[52]) In der Regel werden allerdings beide Momente zeitlich zusammenfallen.

[53]) Eine Ausnahme liegt, kraft besonderer civilrechtlicher Bestimmung, allerdings vor im Falle der Verbindung oder Vermischung mit dem Diebe gehörigen Sachen, sowie bei einer Verarbeitung durch ihn. B. G. B. § 946 ff. Hier würde der Dieb unter bestimmten Voraussetzungen (§§ 946, 947 Abs. 2, 950 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz ebenda) civilrechtliches Eigentum an der entwendeten Sache erwerben, und das frühere Eigentum würde untergehen. Im übrigen könnte ein Verlust des Eigentums nur eintreten durch Veräusserung der entwendeten Sache seitens des Diebes an einen redlichen Erwerber, wenn sie zu den in § 935 Abs. 2 B. G. B. genannten gehört. Dies sind aber alles höchst selten vorkommende Ausnahmen. Vergl. Binding a. a. O Seite 267, Rotering a. a. O. Seite 530.

[54]) Im Gegensatz zur Beseitigung der Detention, welche schon durch die Wegnahme erfolgt. Die Enteignung ist dem Bruch des Gewahrsams gegenüber ein maius. Vergl. Rotering a. a. O. Seite 520—522.

[55]) Einerlei ob der Eigentümer unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer ist. (§§ 854, 855 beziehungsweise 868 B. G. B.) Im letzten

eignung ist Besitzentsetzung. Aus dem Begriff der letzteren folgert, dass es notwendigerweise das Ziel des Wegnehmenden sein muss, den Eigentümer von all' und jeder Einwirkung auf die Sache auszuschliessen. Denn da der Besitz eben sich als die ausschliessliche tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache charakterisiert, darf als Besitzentziehung nur eine vollumfassende, in jeder Richtung sich erstreckende Beseitigung der faktischen Verfügungsgewalt des Eigentümers gelten. Mit dem Moment der Enteignung ist es daher schlechterdings unvereinbar, nur in einer bestimmten Hinsicht die Verfügungsmöglichkeit des Eigentümers zu beschränken; die Sache z. B. nur vorübergehend zu einem einzelnen Zweck in seinem Gewahrsam zu haben, um sie, wenn dieser erreicht ist, dem Eigentümer zurückzugeben. Die Enteignung ist vielmehr vom Diebe bei der Wegnahme als eine definitive, dauernde[56]) gewollt, denn seine Absicht geht weiter dahin, selbst an die Stelle des früheren Besitzers zu treten, d. h. die dem Eigentümer genommene tatsächliche Herrschaft über die Sache in gleichem Umfange sich selbst zu verschaffen; er will die Sache besitzen, als ob sie ihm eigentümlich gehörte, er will Eigenbesitzer[57]) werden. Dieses letzte Ziel des Wegnehmenden

Falle würde normaler Weise natürlich auch der Besitzmittler seines Besitzes entsetzt werden. Im Gegensatz zum Besitz ist Eigentum die ausschliessliche rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache.

[56]) Ebenso Binding a. a. O. Seite 268 unter b, v. Lißt a. a. O. Seite 431, Brucke a. a. O. Seite 111 oben. Zur Konsumtion des Diebstahls ist es ausreichend, dass der Wegnehmende im Augenblick der Wegnahme die Absicht rechtswidriger Zueignung gehabt hat. Ändert er später seinen Willen und bringt er z. B. dann das Buch zurück, so liegt nicht „Rücktritt vom Versuche" sondern „Reue nach Vollendung" vor. Vergl. Binding a. a. O. Seite 270.

[57]) Vergl. § 872 B. G. B. So auch v. Lißt a. a. O. Seite 431, Binding a. a. O. Seite 244 vorletzter Absatz a. E., Seite 268 bei Anm. 5. Grade hierauf ist beim Diebstahl wie bei der Unterschlagung der Wille des Täters gerichtet. Der Pächter begeht

bildet eben das der Enteignungsabsicht korrespondierende Moment der Aneignungsabsicht. Sie charakterisiert sich nach dem Vorgetragenen als das Verlangen des Diebes, über die weggenommene Sache die Gesamtheit der aus dem Eigentum entspringendem Befugnisse auszuüben, in jeder Weise den Eigentümer faktisch vorzustellen, oder, wie Binding sagt,[58]) „für sich ein Verhältnis zur Sache zu schaffen, dem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentum zu sein."

Nur wenn Enteignungs- und Aneignungswille zusammentreffen,[59]) liegt die Absicht rechtswidriger Zueignung beim Täter vor.

Mit Recht wird sie daher von der gemeinen Meinung[60]) definiert als der Wille des Wegnehmenden, unbefugterweise die Sache unter dauernder Ausschliessung der tatsächlichen

z. B. eine rechtswidrige Zueignung und damit eine Unterschlagung der von ihm gepachteten — d. h. in seinem juristischen Besitz befindlichen — Sache dadurch, dass er unbefugterweise den Besitz im fremden Namen in Eigenbesitz verwandelt, die Sache von nun an nicht mehr für den Eigentümer, sondern als ihm gehörend besitzen will. Hinzutreten muss natürlich irgend eine äussere Dokumentierung dieser Absicht.

[58]) a. a. O. Seite 267, 268.

[59]) Dies ist nicht unbedingt erforderlich, wenn allerdings eine Aneignung ohne vorhergehende Enteignung auch nicht denkbar ist. Doch kann die erstere den Endzweck des Täters bilden und ist dann als solche straflos. Lediglich Enteignung stellt es z. B. dar, wenn ich ein fremdes Pferd laufen lasse, durch Öffnen des Gatters dem Wild die Freiheit gebe u. s. w. Vergl. Binding a. a. O. Seite 267 und die weiteren, dort angeführten Beispiele.

[60]) So z. B. von Rotering a. a. O. Seite 521, 522 und den dort und Seite 527 ff. Citierten. Sachlich übereinstimmend ferner Oppenhoff a. a. O. Anm. 41 zu § 242; Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts Seite 553; v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts Band III, XXVII §§ 15 und 16 Seite 648—653; v. Lißt a. a. O. Seite 431; Binding a. a. O. Seite 269; Brucke und Hartmann a. a. O.

Verfügungsgewalt des Eigentümers zum Gegenstande seines Vermögens[61]) zu machen.

Halten wir an dieser Definition fest und vergegenwärtigen wir uns gleichzeitig wieder, dass Gegenstand eines eventuellen Diebstahls nur das Sparkassenbuch als solches sein kann, so gelangen wir zu folgendem Ergebnis: Die Wegnahme des Buches in der Absicht, mit Hilfe desselben einen Teil der Spareinlage zu erheben und es alsdann zurückzubringen, enthält weder das Moment der Enteignung noch das der Aneignung und darf daher nicht als Wegnahme in Zueignungsabsicht aufgefasst werden. Der Wille des Wegnehmenden geht lediglich dahin, die Sache nur vorübergehend in seinen Gewahrsam zu bringen, um sie zu einem einzelnen — wenn auch unerlaubten — Zweck zu gebrauchen; seine Tat charakterisiert sich als ein strafloses furtum usus.[62])

Der blosse Gebrauch verwandelt sich nach der herrschenden Meinung allerdings in eine rechtswidrige Zueignung, wenn aus ihm ein im Dienste der eigenen Interessen erfolgender völliger Verbrauch wird oder er — was in unserem Fall allein in Betracht kommen könnte — eine gänzliche Entwertung der Sache mit sich bringt.[63]) Vorausgesetzt

[61]) Vermögen ist hier in der weiteren, nicht nur das Eigentum treffenden Bedeutung zu nehmen.

[62]) Derselben Ansicht Binding a. a. O. Seite 265 am Schluss des Textes; v. Liſst a. a. O. Seite 431; Meyer a. a. O. Seite 545 Anm. 43; Rotering a. a. O. Seite 526 und die Redaktionsbemerkung zum Reichsgerichtserkenntnis vom 3. Oktober 1890 a. a. O. Das furtum usus ist — im Gegensatz zum römischen Recht — heute nur noch civilrechtlich verfolgbar. Eine Ausnahme bildet allein der Fall des § 290 St. G. B.

[63]) Die Richtigkeit dieser Lehre ergibt sich ohne weiteres aus unserer Definition der Zueignungsabsicht, denn in den genannten beiden Fällen liegen die Momente der Enteignung und Aneignung wieder vor.

Vertreten wird diese Ansicht z. B. von Rotering a. a. O. Seite 530, v. Liſst a. a. O. Seite 431, Binding a. a. O. Seite 269, v. Holtzendorff a. a. O. Seite 651.

natürlich, dass auf die letztere schon bei der Wegnahme der Wille des Täters gerichtet war. Aber auch eine solche Entwertung liegt, wie bereits früher[64]) gezeigt worden ist, nicht vor.

Unsere Untersuchungen führen uns also zum Ergebnis: Die im Reichsgerichtserkenntnis vom 3. Oktober 1890 wiedergegebenen Erwägungen, auf Grund deren der erste Richter zur Freisprechung des Angeklagten von der Anschuldigung des Diebstahls gekommen war, erweisen sich als durchaus begründet.

Um seine gegenteilige Ansicht nicht aufgeben zu müssen, und weil es gezwungen war, zu diesem Behufe einen Zu-

---

Dem bei verbrauchbaren Sachen (§ 92 B. G. B.) schliesslich eintretenden völligen Verbrauch steht bei nicht verbrauchbaren Sachen die gänzliche Abnutzung, die totale Entwertung, gleich Eine durch den Gebrauch herbeigeführte Wertminderung ist daher nicht ausreichend. (Da das Sparkassenbuch eine unverbrauchbare Sache ist, kann bei ihm natürlich nur von Entwertung oder Wertminderung die Rede sein. So auch Doerr a. a. O. Seite 22 und 34 auch Anm. 88.)

Es ist z. B. Diebstahl, wenn ich einem Anderen einen Bleistift, eine Flasche Tinte wegnehme, um sie bei meinen Arbeiten zu „verbrauchen". (Einerlei, ob ich mir den weggenommenen Gegenstand ganz oder teilweise zueignen will. Im letzteren Falle trifft der völlige Verbrauch eben den selbständigen Teil.) Ebenso charakterisiert sich als Diebstahl die Wegnahme eines Kochtopfes, eines Messers in der Absicht, sie dem Eigentümer erst zurückzubringen, nachdem sie durch fortgesetzten, im Interesse des Wegnehmenden erfolgten Gebrauch für ihren Zweck gänzlich unbrauchbar geworden sind. Ferner gehört hierher die Entwendung von Kleidern zum eigenen Gebrauch, wenn diese bei der Rückgabe in so hohem Masse abgenutzt sind, dass dem Eigentümer bei verständiger Würdigung der Sachlage nicht zugemutet werden kann, sie noch fernerhin zu tragen. Ist der Verschleiss nicht so erheblich, so liegt nur eine Wertminderung, mithin ein furtum usus, vor.

Ein allgemeines Prinzip dafür, wann der Gebrauch zum Verbrauch, die Wertminderung zur Entwertung wird, lässt sich nicht aufstellen; es ist Tatfrage, wo die Grenze liegt.

[64]) Seite 34 bei Besprechung der Hartmannschen Ansicht.

eignungswillen des Wegnehmenden zu konstruieren, hat sich u. E. das Reichsgericht verleiten lassen, in die klare und durchsichtige Lehre vom Diebstahl eine Reihe schwer zu definierender und kaum gegen einander abzugrenzender Begriffe hineinzutragen. Wie will man die Verfügungen definieren, welche ihrer Art nach zur ausschliesslichen Zuständigkeit des Eigentümers gehören,[65]) und wie will man sie abgrenzen gegen diejenigen, welche etwa auch dem Mieter, Entleiher u. s. w. zustehen?! Welchen Gebrauch einer Sache kann der Eigentümer einem Anderen nicht verstatten und wie liegt der Fall, wenn er sich aller seiner Befugnisse begibt und sich mit der nuda proprietas begnügt?![66]) An diesen noch ungelösten und auch wohl unlösbaren Fragen, welche sich aber als unmittelbare Folgen der vom Reichsgericht gegebenen Definition des Zueignungsbegriffs ergeben, muss seine Beweisführung scheitern.

Dem Reichsgericht schliesst sich Hoeltzenbein[67]) im Resultat und in der Begründung vollkommen an. Die vorstehenden Zeilen bilden daher gleichzeitig eine Widerlegung seiner Ausführungen.

Ausser von ihm wird in der Literatur die Ansicht, unser Fall charakterisiere sich als Diebstahl, nur noch vertreten von Frank[67]) und Stenglein.[67]) Auch sie folgen im grossen Ganzen dem Gedankengange des Reichsgerichts, wenn sie auch im einzelnen von ihm abweichen. Dem ersteren zufolge liegt Zueignungsabsicht dann vor, wenn über die Sache in einer ihrer Bestimmung entsprechenden, ihren ökonomischen Wert ganz oder teilweise beseitigenden

[65]) Nach der Ansicht des Reichsgerichts liegt z. B. Diebstahl, nicht Sachbeschädigung vor, wenn ich vorsätzlich und rechtswidrig eine fremde Sache ins Feuer werfe.

[66]) Vergl. Frank a. a. O. Seite 389, der dort ausführt, dass man kaum von irgend einer Verfügung sagen könne, sie gehöre zur ausschliesslichen Zuständigkeit des Eigentümers. Ebenso Rotering a. a. O. Seite 527, Feisenberger a. a. O. Seite 30.

[67]) a. a. O. Vergl. § 1 dieser Arbeit unter I[a] beziehungsweise II.

Art und Weise verfügt werden soll; während der letztere in ihr die Absicht erblickt, die weggenommene Sache nach eigener freier Willensbestimmung zu verwenden.

Auch die Definitionen Frank's und Stengleins stehen mit der von uns gegebenen in offenbarem Widerspruch. Dass sie irrig sind, dürfte aber gleichfalls aus der Begründung, die wir der von uns vertretenen Ansicht vom Wesen der rechtswidrigen Zueignung zu geben versucht haben, hervorgehen. Es erübrigt daher, die Ausführungen der beiden Genannten hier im einzelnen zu besprechen. —

Zu dem Resultat, zu dem uns unsere vorhergehenden Untersuchungen geführt haben, muss man u. E. auch gelangen, wenn die Absicht des Wegnehmenden dahin geht, den Gesamtbetrag der Sparkasseneinlage zu erheben, wobei regelmässig das Sparkassenbuch von der Sparkasse eingezogen wird.[68]) Dass der Wegnehmende von dieser Tatsache bei der Wegnahme Kenntnis hatte, soll vorausgesetzt werden. Dem Täter fehlt es auch hier an der Aneignungsabsicht, er will sich lediglich der Sache nach gemachtem Gebrauch entäussern; es liegt eine Verbindung von furtum usus und Enteignung vor. Auch von einer Entwertung des Sparkassenbuches — als Buch — kann nicht die Rede sein. Die Entwertung betrifft, ebenso wie früher die Wertminderung,[69]) nur die Eigenschaft des Sparkassenbuches als Legitimationspapier und kommt daher nicht in Betracht. —

Anhang: Doerr — a. a. O. Seite 26, 34, 54 — und Schneider — a. a. O. Seite 52 — scheinen in der Wegnahme des Sparkassenbuchs eine Urkundenbeseitigung, speciell eine Urkundenunterdrückung zu sehen. Die Anwendbarkeit des § 274 Ziffer 1 St. G. B. ist jedoch u. E. im vorliegenden Falle sinngemäss ausgeschlossen. Der-

[68]) Derselben Ansicht Doerr a. a. O. Seite 22 Anm. 53. Vergl. ferner ebendort Seite 18 Anm. 41 bes. a. E.

[69]) Vergl. Anm. 64.

selben Ansicht Feisenberger a. a. O. § 4c Seite 39—41 in näherer Begründung, Dalcke a. a. O. Seite 205 oben, Brucke a. a. O. Seite 111 unten; anderer Meinung allerdings Oppenhoff a. a. O. § 274 St. G. B. bes. Anm. 1 und 9.

§ 4.

b. Unterschlagung.

Die rechtswidrige Erhebung einer fremden Sparkassenforderung ist ferner aufgefasst worden als Unterschlagung des auf der Sparkasse erhobenen Geldes; so von Schneider und Feisenberger.[70])

Die Unterschlagung erfordert gleich dem Diebstahl als Objekt eine fremde bewegliche Sache, die sich aber, in Gegensatz zu jenem, schon im Gewahrsam[71]) des Täters

[70]) a. a. O. Vergl. § 1 dieser Arbeit unter I[b].

Die ehemalige preussische Praxis nahm Unterschlagung eines Forderungsrechts an. Diese Ansicht ist für das heutige Strafrecht nicht mehr haltbar, da nach § 246 St. G. B. nur noch Sachen, d. h. körperliche Gegenstände (vergl. § 3 dieser Arbeit unter 1, Seite 25), und nicht mehr Rechte Objekt einer Unterschlagung sein können. Vergl. v. Liszt a. a. O. Seite 446.

Aus dem gleichen Grunde ist die früher von Schneider in der „Sparkasse" (a. a. O. vergl. Anm. 4 Seite 13) versuchte, jetzt aber von ihm aufgegebene Konstruktion verfehlt. Er steht dort noch auf dem — von uns oben im Text vertretenen — Standpunkt, dass die Geldstücke als Sachen „nach offenbarer Absicht der Kasse" in das Eigentum des unberechtigten Erhebers übergehen. Diese Geldstücke stellen aber, so führt er aus, gleichzeitig einen dem Täter nach Vorlegung des Sparkassenbuches anvertrauten „Vermögenswert" des Einlegers vor, und diesen eignet er sich rechtswidrig zu. Dieser „Vermögenswert" ist aber keine Sache, sondern ein unkörperlicher Begriff und daher als Objekt für eine Unterschlagung ungeeignet.

[71]) In § 246 St. G. B. sind die Ausdrücke „Besitz" oder „Gewahrsam" tautologisch gebraucht: = Besitz im Sinne von Gewahrsam. Es genügt, dass der Täter die zu unterschlagende Sache in seiner Detention hat. Vergl. Meyer a. a. O. Seite 544 auch Anm. 34.

befinden muss. Das Delikt wird demgemäss erst vollendet durch die rechtswidrige Zueignung. (§ 246 St. G. B.)

Die gedachte Aufstellung scheitert u. E. an dem Unvermögen, den Nachweis zu führen, dass die Geldstücke, welche dem unberechtigten Erheber auf der Sparkasse ausgezahlt werden, und welche das Objekt für eine eventuelle Unterschlagung seinerseits bilden,[72]) im Augenblicke der Zueignung im Eigentum eines Anderen stehen, für ihn „fremde Sachen" sind.

Die Beantwortung der Frage, ob dies der Fall ist, hat auf Grund des am Ort und zur Zeit der Tat herrschenden Civilrechts zu erfolgen.[73])

Wir haben daher bei der Besprechung der Ansichten Schneiders und Feisenbergers zu berücksichtigen, dass diese ihren Ausführungen noch das gemeine Recht zu Grunde legen[74]) und müssen den Fall zunächst auch nach ihm zu entscheiden suchen.

Um den Beweis zu erbringen, dass eine Übertragung des Eigentums an den gedachten Geldstücken auf den unberechtigten Erheber nicht stattfindet, konstruieren sie folgendermassen:

Eine gültige Eigentumsübertragung — Tradition — setzt voraus:

1. Berechtigung der Tradenten zur Eigentumsübertragung;

2. Besitzübertragung;

---

[72]) Dies wird der Regelfall sein. Das Gleiche gilt natürlich, wenn der Sparkassenbeamte in Banknoten oder Kassenscheinen zahlt.

[73]) So jetzt durchgehends die herrschende Meinung. Die früher beliebte Aufstellung des Begriffs eines strafrechtlichen Eigentums ist heute allgemein aufgegeben. Vergl. v. Lißt a. a. O. Seite 446, Feisenberger a. a. O. Seite 42, Doerr a. a. O. Anm. 89 Seite 35, Oppenhoff a. a. O. Anm. 7 zu § 242 Seite 567 und die dort Citierten.

[74]) Ihre Abhandlungen stammen aus 1894 und 1895.

3. Willensübereinstimmung des Tradenten und des Empfängers, Eigentum zu geben, beziehungsweise zu nehmen.

Eigentümer der betreffenden Geldstücke vor und bei der Auszahlung ist die Sparkasse, die daher zur Eigentumsübertragung befugt ist. Diese beabsichtigt, allein den zur Abhebung — genauer: zum Eigentumserwerb — Berechtigten[75]) zum Eigentümer derselben zu machen. Welcher Wille dem auszahlenden Beamten innewohnt, ist gleichgültig; denn nicht sein Wille, sondern lediglich der der Sparkasse kommt in Betracht. Ausserdem hat er, wenn er sich überhaupt bei der Auszahlung etwas denkt, normaler Weise die gleiche Absicht wie die Kasse. Ist daher der unberechtigte Erheber auch Willens, das Eigentum an dem ihm ausgezahlten Gelde zu erwerben, so kommt trotz der Besitzübertragung eine Tradition nicht zu stande, denn es ermangelt die vorstehend unter 3. genannte Voraussetzung. Es entsteht eine Divergenz der beiden Willen, durch welche die Eigentumsübertragung gehindert wird.

Es drängt sich sofort die Frage auf, in wessen Eigentum die Geldstücke nach der Auszahlung sich denn befinden. Zwei Möglichkeiten wären denkbar: Entweder stehen sie noch im Eigentum der Kasse, oder sie sind in das des Einlegers gelangt. Für die erste Alternative entscheidet sich Feisenberger, für die zweite Schneider.[76])

[75]) d. i. normaler Weise derjenige, auf dessen Namen das Sparkassenbuch lautet, regelmässig der Einleger. Im Folgenden werden daher die Bezeichnungen „Einleger" und „Berechtigter" synonym gebraucht. Desgleichen die Ausdrücke „Erheber" und „Präsentant".

[76]) Schneider a. a. O. Seite 70 ff. begründet seine Auffassung damit, dass er den unberechtigten Erheber als notwendigen Stellvertreter des Einlegers auffasst und einen unbewussten Eigentumserwerb seitens des letzteren annimmt. Auf die Schwierigkeit, „die diese civilistische Konstruktion immerhin macht", geht er allerdings „aus naheliegenden Gründen" nicht ein. Seine Beweisführung ist denn auch wenig überzeugend. Er gibt eine Reihe von Beispielen, welche seiner Ansicht nach unserem Falle analog liegen und sucht

Unseres Erachtens sind beide Ansichten irrig. Die Geldstücke sind durch Tradition in das Eigentum des Präsentanten übergegangen.

Der Grundfehler, dessen sich Schneider und Feisenberger schuldig machen, liegt darin, dass sie den für das gemeine Recht bedeutsamen Unterschied zwischen „unechtem“ und „echtem“ Irrtum im Sinne Savignys nicht genügend würdigen und infolge ihrer falschen Prämisse, die Kasse wolle nur

durch Hinweis auf sie seine Aufstellung zu motivieren. Wie der Droschkenkutscher, so führt er aus, den Fuhrherrn notwendigerweise zum Eigentümer des gezahlten Fahrgeldes macht, wie der Bäckerjunge das an ihn ausgehändigte Brödchengeld mit Rechtsnotwendigkeit seinem Meister zu Eigentum erwirbt, wie der Kaufmann nicht dem Dienstmädchen, sondern der Herrschaft das Eigentum an der von jenem eingekauften Ware überträgt, selbst wenn der Tradent von dem Auftragsverhältnis keine Kenntnis hat, der dominus negotii von der geschehenen Zahlung nichts erfährt oder der Beauftragte gar das Empfangene für sich behalten will, so wird auch beim Sparkassenbuch der wirklich Berechtigte Eigentümer des hinter seinem Rücken erhobenen Geldes.

Die Beispiele, die Schneider gibt, sind richtig entschieden; verfehlt ist die Parallele, die er zwischen ihnen und unserem Falle zieht. Jene beweisen für diesen garnichts. Dort liegt überall ein gewillkürtes, ausdrücklich kundbar gemachtes oder wenigstens aus den Umständen zu vermutendes Stellvertretungsverhältnis vor, bei dem der Vertretene den generellen Willen besitzt, durch die Geschäfte seiner Vertreter berechtigt zu werden. Der Eigentumserwerb vollzieht sich in seiner Person unbewusst, aber nicht ungewollt. Hier fehlt es an einem derartigen Verhältnis — sei es ein gesetzliches oder ein gewillkürtes — zwischen dem Einleger und dem unberechtigten Erheber gänzlich; dem ersteren mangelt es daher hinsichtlich des Eigentumserwerbs nicht nur am Wissen, sondern auch am Willen. Vergl. Dernburg, Pandekten Band 1 § 180 unter 4 Seite 426 427, Hoeltzenbein a. a. O. Seite 21, Meyer a. a. O. Seite 542 unter h, sowie die eingehende, das in Betracht kommende Quellenmaterial berücksichtigende Widerlegung Schneiders durch Feisenberger a. a. O. Seite 46—47 und die Anm. Seite 57.

Nach heutigem Recht (§ 164 ff. B. G. B.) ist die Auffassung Schneiders ebenfalls unhaltbar. Vergl. u. a. Planck, Kommentar zum B. G. B. Sachenrecht Seite 210 unter 1 Abs. 1 a. E.

dem Berechtigten Eigentum übertragen, verkennen, dass in unserem Falle nicht der erstere vorliegt, der das Rechtsgeschäft vernichtet, sondern der letztere, der es lediglich anfechtbar macht.

Savigny[77]) begreift unter der Bezeichnung „unechter Irrtum" diejenigen Fälle, in den eine Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung oder zwischen den beiderseitigen Willen der Vertragschliessenden vorhanden ist und dies den Beteiligten durch einen Irrtum verdeckt wird, der bei beiden oder bei einem von ihnen obwaltet. Es wird also, wie auch oben ausgeführt worden ist, nicht eigentlich durch den Irrtum die Nichtigkeit des Rechtsgefühls erzeugt, sondern ein gültiges Rechtsgeschäfts kommt nicht zustande, weil die Erfordernisse eines solchen ganz oder teilweise fehlen. Diese Fälle wurden daher von Savigny Fälle von unechten Irrtum genannt.

Im Gegensatz dazu steht der „echte Irrtum" oder „Irrtum im Beweggrund." Hier will der das Rechtsgeschäft Abschliessende, was er erklärt, und er erklärt, was er will; er würde aber nicht so gewollt und sich dementsprechend auch nicht so erklärt haben, wenn er sich nicht in einem Irrtum befunden hätte. Der echte Irrtum wird im allgemeinen garnicht berücksichtigt, sondern nur beachtet, wenn er wesentlich und entschuldbar ist.

Verfehlt ist es schon, einen von dem des auszahlenden Beamten verschiedenen und ganz besonderen Willen der Sparkasse selbst zu konstruieren und den letzteren in Gegensatz zu ersterem zu stellen. Beide sind identisch. Der Wille des Rendanten stellt den Willen der Sparkasse dar. Die Sparkasse kann garkeinen anderen Willen haben als den der Organe, durch welche sie satzungsgemäss vertreten

[77]) „System des römischen Rechts" Band 3 bes. § 135. Vergl. hierzu ferner Zitelmann, „Irrtum und Rechtsgeschäft" bes. Seite 549 ff., auch Dernburg a. a. O. §§ 94 und 101—102 Seite 222—323 beziehungsweise 237—242. Der letzter verwirft die Bezeichnung „unechter Irrtum" und spricht anstatt dessen von „Geschäftsirrtum".

wird. Auf andere Weise als durch diese vermag sie ihren Willen nicht zum Ausdruck zu bringen.[78]) Als Tradent, dessen Wille für das Zustandekommen des Geschäfts massgebend ist, muss daher der das Geld auszahlende Beamte, der als solcher die Kasse vertritt, angesehen werden.

Dieser hat u. E. regelmässig den Willen, dem ihm genügend legitimiert erscheinenden Vorzeiger des Sparkassenbuchs die Gelder, die er demselben auszahlt, auch zu Eigentum zu übertragen; denn er darf im allgemeinen annehmen, dass jener das Eigentum an ihnen für sich selbst erwerben will und hierzu berechtigt ist.[79]) Nicht also

---

[78]) Vergl. Dalcke a. a. O. Seite 205 unten, vorletzter Absatz.

[79]) Vergl. die Reichsgerichtserkenntnisse vom 13. Dez. 1886 in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen Band 8 Seite 751—753 bes. Seite 752 in der Mitte, und vom 23. Februar 1897 a. Anm. 49 a. O. Seite 416 oben.

In der vorliegenden Arbeit soll nur der Regelfall ins Auge gefasst werden. Denkbar ist es, dass der Sparkassenbeamte auch mal einem Anderen als dem Präsentanten des Buchs die diesem ausgezahlten Gelder zu Eigentum übertragen will. Dies wird z. B. in den seltenen Fällen anzunehmen sein, wo der Präsentant von sich aus oder auf Befragen des Rendanten versichert, das Geld dem Einleger überbringen zu wollen, oder sonst aus den Umständen zu entnehmen ist, dass das Eigentum daran auf eine hinter dem Erheber stehende Persönlichkeit übergehen soll. In diesen Fällen wird sich der Übereignungswille des Sparkassenbeamten natürlich auf die letztere richten. Vergl. Binding a. a. O. Seite 265 Anm. 1 Abs. 1 gegen Ende.

Die dem unberechtigten Präsentanten eingehändigten Geldstücke sind dann allerdings, nach altem wie nach neuem Recht, für ihn „fremde" Sachen, und sein Verhalten trägt alle Tatbestandsmerkmale des § 246 St. G. B. an sich. Gleichwohl bleibt auch unter diesen Umständen die Unterschlagung als solche unberücksichtigt.

Wie in § 5 dieser Arbeit gezeigt werden wird, erlangt der Täter den Gewahrsam an den fraglichen Geldstücken durch einen strafrechtlichen Betrug. Mit dem Erhalten derselben allein ist ihm aber nicht gedient; sein dolus umfasst von vornherein hierüber hinaus auch das nachträgliche Behalten, die sich anschliessende Zueignung. Betrug und Unterschlagung werden mithin durch einen

schlechthin den zum Eigentumserwerb Berechtigten beabsichtigt er zum Eigentümer derselben zu machen, sondern den Präsentanten des Buchs, weil er ihn für dazu berechtigt hält.

Entschluss getrieben. Da beide auch gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind, indem sie gleichermassen darauf abzielen, der Kasse den Besitz des in Rede stehenden Geldes zu entziehen, so sind die von der herrschenden Lehre für erforderlich, aber auch für ausreichend erachteten Voraussetzungen einer Handlungseinheit — eben Einheit des Vorsatzes und des angegriffenen Rechtsguts, vergl. Feisenberger a. a. O. § 3 bes. Seite 12, Hoeltzenbein a. a. O. § 9 bes. Seite 34, Oppenhoff a. a. O. Anm. 3 zu § 73 Seite 218, Anm. 4 zu § 74 Seite 226, 227 — sämtlich gegeben.

Erheben und Behalten des Geldes bilden demnach strafrechtlich eine einzige Handlung. Innerhalb derselben sind diese beiden Akte jedoch einander nicht koordiniert: Der „strafrechtliche Accent" liegt auf der zeitlich früheren Erlanguug des Gewahrsams. Dieser Akt bildet die für die Strafbarkeit des Verbrechens massgebende Haupthandlung, an die sich der Akt der Zueignung als eine unselbständige, successive Nebentätigkeit anlehnt. Der letztere tritt hinter dem ersteren gänzlich zurück, so dass er — obwohl an sich eine selbständige Straftat darstellend — von jenem völlig absorbiert wird und ihm gegenüber ebensowenig in Betracht kommt, wie etwa eine dem Diebstahl folgende Unterschlagungs- (d. i. Zueignungs-) Handlung.

Auch in den hier behandelten Ausnahmefällen ist daher allein Betrug anzunehmen.

Vergl. zu dem Vorgetragenen: Doerr a. a. O. Seite 38, 39 unter b auch Anm. 95, Seite 41, 42 auch Anm. 100 und die dort Citierten, Seite 54 auch Anm. 116; Oppenhoff a. a. O. Anm. 30 zu § 246 Seite 613; Rotering a. a. O. Seite 574, 575; v. Holtzendorff a. a. O. Seite 695—698 unter § 35 bes. Seite 696 Abs. 1; v. Lißt a. a. O. Seite 251 unter II 4^b und Seite 447 Abs. 1; Meyer a. a. O. Seite 554 auch Anm. 36; Schneider a. a. O. Seite 53, 54 und 56 auch Anm. 19.

Denkt sich der Sparkassenbeamte bei der Auszahlung der Gelder über den Eigentumsübergang garnichts, d. h. überlässt er es dem anderen Kontrahenten, zu bestimmen, wer Eigentümer derselben werden soll, so erwirbt der unberechtigte Erheber gleichfalls das Eigentum an ihnen. Vergl. Feisenberger a. a. O. Seite 44.

Lediglich mit dem letzteren hat es die Kasse bei der Rückzahlung zu tun. Erscheint er ihr, oder, was nach dem eben Vorgetragenen dasselbe ist, dem sie vertretenden Rendanten, zur Abhebung berechtigt zu sein und zahlt sie an ihn, so wird sie liberiert. Das Naturgemässe ist es daher, dass der auszahlende Beamte, dem dies alles bekannt ist, auch nur mit ihm bei der Tradition, die er vornimmt, zu tun haben will. Wie sollte er darauf verfallen, bei dem Übereignungsgeschäft plötzlich eine ganz andere, in einer Art von undurchsichtigem Nebel weit hinter jenem stehende, in den meisten Fällen ihm gänzlich unbekannte Persönlichkeit, den „wirklich Berechtigten" zum Gegenkontrahenten zu wählen?!

Dass der Sparkassenrendant bei den vielen Traditionsgeschäften, die er täglich vornimmt, vielleicht den Wunsch hat, immer nur an einen Berechtigten zu zahlen, soll nicht bestritten werden.

Schöpft der Sparkassenbeamte mithin keinen Verdacht und zahlt er dem unberechtigten Erheber, so ist er auch Willens, die bezüglichen Geldstücke ihm zu tradieren. Allerdings wird er hierzu veranlasst durch einen Irrtum, indem er nämlich eine seinen Willen wesentlich beeinflussende Eigenschaft, eben die Berechtigung zum Erwerb des Eigentums, bei jenem als vorhanden voraussetzt, die ihm in Wirklichkeit fehlt. Dieser Irrtum, im gemeinen Recht error in persona genannt, stellt sich aber nach dem oben Vorgetragenen als ein Irrtum im Beweggrunde, als ein „echter" Irrtum dar, der — weil wesentlich und entschuldbar — lediglich Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts bewirkt.

Die Tradition wurde auch schon im gemeinen Recht zuletzt von der herrschenden Lehre als ein abstrakter Vertrag aufgefasst, dessen Zustandekommen unabhängig ist von der objektiven Rechtsbeständigkeit der causa.[80]) Der Umstand,

[80]) Vergl. z. B. Windscheid, Pandekten Band 1 § 172 unter 5 und 6; Planck, Sachenrecht Seite 14 unten.

dass in unserem Falle der Tradition ein gültiges „Sparkassengeschäft“[81]) nicht zu Grunde liegt, berührt daher ihren Bestand nicht. Da die übrigen Voraussetzungen (Berechtigung der auszahlenden Beamten zur Eigentumsübertragung, Besitzübergabe, Wille des Präsentanten Eigentum zu erwerben) gegeben sind, ist eine gültige, wenn auch anfechtbare Tradition zustande gekommen, und der unberechtigte Erheber ist auf Grund derselben Eigentümer der ihm ausgehändigten Geldstücke geworden. —

Die rechtliche Beurteilung unseres Falles ist dieselbe nach heutigem bürgerlichen Recht.

Führen wir für dieses die Begründung der Gegner durch, so ergibt sich, dass ebenso wie früher die Übertragung des Eigentums an den in Betracht kommenden Geldstücken durch den Mangel der Willensübereinstimmung gehindert wird, jene mithin für den unberechtigten Erheber „fremde“ Sachen bleiben und daher ein geeignetes Objekt für eine Unterschlagung seinerseits bilden. (§§ 154, 155 B. G. B.)[82])

Legen wir dagegen die von uns vertretene Ansicht zu Grunde, — und dies müssen wir tun, denn die zur Motivierung derselben gemachten Ausführungen gelten natürlich auch für das neue Recht — so gelangen wir wiederum zum entgegengesetzten Resultat.

Das B. G. B. berücksichtigt gleich dem gemeinen Recht den Irrtum im Beweggrund im allgemeinen nicht,[83]) sondern nur den Irrtum im rechtsgeschäftlichen Willen. (§ 119 B. G. B.) Kraft besonderer Bestimmung rechnet zu dem letzteren aber auch der alte error in persona. (Absatz 2

[81]) Vergl. § 2 dieser Arbeit a. E., Seite 24.

[82]) Vergl. Gareis, Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. Anm. 5 (I) zu § 119 Seite 141; Cosack a. a. O. Band 1 § 64 unter II 9b Seite 224.

[83]) Ausgenommen den Fall, dass der Beweggrund mit zu einem Bestandteil des Geschäfts gemacht worden ist. Vergl. Siméon a. a. O. S. 151.

ebendort.)[84]) Andererseits hat der Irrtum im rechtsgeschäftlichen Willen, vorausgesetzt, dass er wesentlich und tatsächlich ist, nicht mehr wie früher Nichtigkeit, sondern nur noch Anfechtbarkeit im Gefolge.[85])

Der Irrtum des Sparkassenbeamten über die Berechtigung des Präsentanten ist als Irrtum über eine Eigenschaft anzusehen, die im Verkehr als wesentlich gilt. Selbstredend würde er bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles dem unberechtigten Erheber gegenüber eine auf Eigentumsübertragung zielende Willenserklärung nicht abgegeben haben.[86]) Da die abstrakte Natur des Eigentumsübertragungsvertrags (§ 929 B. G. B.) nach heutigem Recht unbestritten[87]) ist, ist die Sachlage dieselbe wie nach gemeinem Recht: Der unberechtigte Erheber hat auf Grund einer an sich gültigen, wenn auch anfechtbaren Eigentumsübertragung das Eigentum an den ihm ausgezahlten Geldstücken erlangt. Da sie mithin für ihn nicht mehr „fremde" Sachen im Sinne des § 246 St. G. B. sind, ist es ihm nicht möglich, an ihnen eine Unterschlagung zu begehen.

[84]) Vergl. Planck, Kommentar zum B. G. B. Allgemeiner Teil Anm. 2[a] bes. Abs. 2 zu § 119 Seite 169; Gareis a. a. O. Anm. 12 zu § 119 Seite 143.

[85]) Die Anfechtung bewirkt dann allerdings Nichtigkeit; und zwar mit rückwirkender Kraft. (§ 142 B. G. B.) Über den Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit vergl. des näheren Cosack a. a. O. Band 1 § 53 unter II[c] Seite 158; Planck, Sachenrecht Seite 145, 146 unter VII 1, 2.

[86]) Da der unberechtigte Erheber das Geld durch eine arglistige Täuschung des Sparkassenbeamten erlangt, könnte das Übereignungsgeschäft auch dieserhalb nach § 123 B. G. B. angefochten werden. Im gemeinen Recht hätte dementsprechend die Anfechtung auf dolus gestützt werden können.

[87]) Vergl. Planck, Sachenrecht Seite 14—20 unter 2 und Anm. 3 zu § 929 Seite 179; Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des B. G. B. Anm. 2 zu demselben Paragraphen Seite 72; Siméon a. a. O. Seite 586.

§ 5.

c. Betrug.

Die u. E. zutreffende Ansicht geht dahin, der zur Erörterung stehende Fall charakterisiere sich als Betrug.

Eines Betruges macht sich schuldig, wer

1. in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen,

2. das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt,

3. dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen

4. einen Irrtum erregt oder unterhält. (§ 263 St. G. B.)

Getäuschter und Geschädigter brauchen nicht identisch zu sein; immerhin muss ein Verhältnis zwischen ihnen obwalten, auf Grund dessen der erstere in der Lage ist, über Vermögensstücke des letzteren gültig zu verfügen.[88])

Vorliegenden Falls wird die Sparkasse infolge der Legitimationsklausel durch Zahlung an den ihr[89]) zur Abhebung berechtigt erscheinenden, wenn auch in Wirklichkeit nicht dazu legitimierten Präsentanten des Sparkassenbuchs liberiert;[90]) der Einleger geht daher seines Anspruchs gegen

[88]) Vergl. Doerr a. a. O. Seite 55, 56 und die in Anm. 121, 122 Citierten.

Dass der Getäuschte — wie in unserem Falle — die rechtliche Befugnis hierzu besitzt, ist nicht erforderlich; es genügt, dass die tatsächliche Möglichkeit für ihn besteht.

[89]) Beziehungsweise dem sie in diesem Falle gerade vertretenden Beamten. Vergl. § 4 dieser Arbeit, Seite 47, 48.

[90]) Eben vorausgesetzt, dass der Kassierer bei der Zahlung in gutem Glauben und ohne Fahrlässigkeit handelt. Ist dies nicht der Fall, so wird die Kasse nicht liberiert, sondern dann ist sie gerade die Geschädigte. Vergl. § 2 dieser Arbeit Seite 22, 23 bes. Anm. 23. Zahlt der Sparkassenbeamte wider besseres Wissen an einen Nichtberechtigten, so liegt ein Betrug nicht vor; der erstere macht sich vielmehr der Untreue nach § 266 No. 2 St. G. B., der letztere der Anstiftung oder der Mittäterschaft schuldig. Vergl. Binding a. a. O. Seite 266 Anm. 1 Abs. 1 a. E.

sie verlustig und wird mithin in seinem Vermögen geschädigt.[91]) Auch dass der Täter in der Absicht rechtswidriger Bereicherung handelt, bedarf kaum besonderer Erwähnung; ebensowenig, dass der auszahlende Sparkassenbeamte sich in einem Irrtum über die Berechtigung des Täters zur Erhebung der betreffenden Spareinlage befindet, und dass dieser Irrtum kausal ist für die Zahlung, die er an jenen leistet, und die Vermögensbeschädigung, die durch diese Zahlung bewirkt wird.[92]) Auf Grund der Legitimationsklausel ist der Sparkassenrendant — als der Getäuschte — auch befugt, über das dem Einleger — als dem Geschädigten — gegen die Kasse zustehende Forderungsrecht, selbst zum Nachteil desselben, zu disponieren.

Fraglich könnte es also nur sein, ob der Irrtum des auszahlenden Beamten durch den Präsentanten erregt oder unterhalten wird, und ob das Mittel hierzu die Vorspiegelung falscher oder die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen bildet.

Die Gegner der hier zu vertretenden Auffassung bestreiten dies.[93]) Die Ursache für den Irrtum des Kassierers, so führen sie aus, bilde die dem Sparbuch eigentümliche Legitimationsklausel, da auf Grund derselben jener die Berechtigung des Vorzeigers zur Abhebung der Spareinlage präsumiere. Einer Irrtumserregung oder -Unterhaltung seitens des letzteren bedürfe es daher garnicht, es liege

---

[91]) Er kann allerdings auf Grund der §§ 812 ff. B. G. B. von dem Betrüger die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Dieser, hinsichtlich seiner Verwirklichung höchst ungewisse Anspruch stellt aber gegenüber dem jederzeit realisierbaren Forderungsrecht, dessen er verlustig gegangen ist, ein erhebliches ökonomisches minus dar.

[92]) Vergl. Oppenhoff a. a. O. Anm. 33 zu § 263 Seite 664.

[93]) Vergl. zum Folgenden Schneider a. a. O. Seite 37 und 49, 50 auch Anm. 15; Feisenberger a. a. O. Seite 18—20; Erkenntnis des Reichsgerichts vom 29. Oktober 1894 in den Entscheidungen in Strafsachen Band 26 Seite 151 ff., bes. Seite 154 a. E.

lediglich eine den Tatbestand des Betruges nicht erfüllende Benutzung eines schon vorhandenen Irrtums vor. Dementsprechend verhalte sich der Präsentant ja auch völlig passiv, indem er das Sparkassenbuch ohne irgend eine Angabe über sein rechtliches Verhältnis zu ihm vorlege, so dass von einer Vorspiegelung falscher Tatsachen, welche stets ein die Wahrheit verletzendes Handeln voraussetze, nicht die Rede sein könne. Ebensowenig sei in seinem Schweigen die Unterdrückung[94]) einer wahren Tatsache zu finden, denn es bestehe für ihn keine rechtliche Verpflichtung, sich dem Sparkassenbeamten gegenüber freiwillig als unrechtmässigen Inhaber des Buches zu deklarieren. Nur für den Fall, dass der Täter ausdrücklich mit Worten seine Berechtigung versichert, z. B. auf Befragen[95]) oder aus eigenem Antrieb sich für den Einleger, dessen Rechtsnachfolger, Bevollmächtigten oder dergleichen ausgibt sehen sie in seinem Verhalten eine täuschende Tätigkeit, eine für den Irrtum des auszahlenden Beamten kausale Vorspiegelung einer falschen Tatsache. Unter diesen Umständen nehmen sie daher ebenfalls Betrug an.

Den Ausführungen der Gegenseite kann u. E. nicht beigepflichtet werden. Zunächst ist es irrig, einen Gegensatz zu konstruieren zwischen dem Fall, dass der Täter ausdrücklich mit Worten seine Berechtigung zur Abhebung versichert, und dem Fall, dass er dies unterlässt. Die Sachlage ist beide Male die gleiche. Das Vorbringen falscher Tatsachen setzt allerdings eine positive Tätigkeit voraus.[96])

[94]) Die Entstellung wahrer Tatsachen kommt nach Lage der Sache nicht in Betracht.

[95]) Bei denjenigen Kassen, deren Bücher nur eine Ordnungsnummer tragen, ist es häufig Geschäftsgebrauch, den Geld Erhebenden zur Feststellung seiner Persönlichkeit, beziehungsweise seiner Berechtigung zur Erhebung, nach Namen, Stand u. s. w. zu befragen.

[96]) Vergl. z. B. Oppenhoff a. a. O. Anm. 52 zu § 263 Seite 668, Binding a. a. O. Seite 345 § 85 unter II 1.

Aber auch beim Fehlen jener direkten wörtlichen Behauptung verhält sich der Täter nicht so passiv, wie von den Gegnern angenommen wird.[97]) Schon dadurch tritt er aus der von ihnen behaupteten Reserve hervor, dass er im Sparkassenzimmer erscheint und sich an dem Platze, wo die Auszahlungen stattfinden, aufstellt. Er weiss, der auszahlende Beamte darf infolge der Legitimationsklausel alle Personen, welche er dort mit dem Sparbuche in der Hand stehen sieht, für zur Abhebung von Sparguthaben berechtigt halten und macht im allgemeinen, d. h. soweit ihm nicht jemand bei einer oberflächlichen Prüfung, die er wohl stets vornimmt, verdächtig erscheint, auch von dieser Erlaubnis Gebrauch. In der Absicht, ebenfalls für berechtigt angesehen zu werden, tritt der Täter mit dem Buch an den Auszahlungstisch der Kasse heran; dieses sein Benehmen kennzeichnet sich daher bereits als ein aktives, auf Irreleitung des auszahlenden Kassierers bewusst angelegtes Handeln. Seine täuschende Tätigkeit setzt er dann noch fort durch Überreichen des Buchs in Verbindung etwa mit den Worten: „Ich möchte so und so viel Mark abheben“ oder „So und so viel Mark, bitte“. So, wie er es getan, darf nur der zur Erhebung

[97]) Auch in diesem Falle „borgt die aktive Täuschung“ wie häufig beim Betrug, „den Schein passiven Irrenlassens“. So spiegelt der Zechpreller dadurch, dass er im Restaurant eine Bestellung macht, seine Zahlungsbereitschaft vor, trotzdem er sich regelmässig bei der Bestellung hierüber nicht äussert. Der Kellner, der dem Gast Bier bringt, behauptet damit, es sei dem Fass entnommen, kein Tropfbier. Bei Eingehung eines Vertrages stellt eben dadurch jeder Kontrahent schon stillschweigend die Behauptung auf, auf seiner Seite seien die wesentlichen Erfordernisse des Geschäfts gegeben. Wer z. B. eine Sache verkauft, eine Forderung cediert, gibt sich dadurch regelmässig als Eigentümer, beziehungsweise als Forderungsberechtigten zu erkennen, auch wenn diese Punkte zwischen den Parteien nicht zur Sprache gekommen sind. Vergl. Binding a. a. O. Seite 345, 346; Hoeltzenbein a. a. O. Seite 26, 27; Oppenhoff a. a. O. Anm. 51 zu § 263 Seite 667, Anm. 54 Seite 669; v. Holtzendorff a. a. O. Seite 752 ff unter § 2; Doerr a. a. O. Seite 49.

Berechtigte auf der Sparkasse auftreten, und darum liegt in seinem ganzen Verhalten bereits die Behauptung der — objektiv und subjektiv — unwahren Tatsache: Ich bin zur Abhebung berechtigt. Einer dahin gehenden ausdrücklichen wörtlichen Versicherung bedarf es nicht mehr. Der letzteren steht — in Übereinstimmung mit dem diesbezüglichen, in der Rechtswissenschaft allgemein geltenden Grundsatz — ein indirektes Behaupten durch konkludente Handlungen völlig gleich, sei es, dass diese in anderweitigen mündlichen oder schriftlichen[98]) Äusserungen oder in Handlungen im engeren Sinne bestehen. Das Verhalten des Täters stellt also in beiden Fällen die Vorspiegelung[99]) einer falschen Tatsache[100]) dar. Wie sich aus dem zuletzt Vorgetragenen eigentlich schon ergibt, muss auch die weitere Frage, ob diese für den Irrtum des Sparkassenbeamten kausal ist,

[98]) Hat statutengemäss der Empfänger einer Spareinlage deren Empfang schriftlich zu bescheinigen, so liegt auch darin, dass der Täter die Quittung stillschweigend mit seinem eigenen Namen unterzeichnet, die Behauptung, zur Erhebung dieser Einlage berechtigt zu sein. Setzt er den Namen des in Wirklichkeit Berechtigten darunter, so macht er sich neben dem Betrug einer schweren Urkundenfälschung aus § 268 I St. G. B. schuldig, die, je nachdem sie den Betrug mit bewirkt oder, nachdem er bereits vollendet ist, sich nur zeitlich an ihn anschliesst, zu ihm in Ideal- oder in Realkonkurrenz steht. Vergl. Doerr a. a. O. Seite 51 auch Anm. 114, Oppenhoff a. a. O. Anm. 72 zu § 263 Seite 673.

[99]) Eben der falschen Tatsache seiner Berechtigung. Gleichzeitig unterdrückt er die wahre Tatsache seiner Nichtberechtigung. Denn auch in Fällen, wo — wie im vorliegenden — eine Rechtspflicht zum Reden nicht besteht, liegt in dem Schweigen eine Unterdrückung wahrer Tatsachen, wenn ein aktives, auf Täuschung angelegtes Handeln zu ihm hinzutritt. Vergl. Oppenhoff a. a. O. Anm. 52 zu § 263 Seite 668 a. E.; Doerr a. a. O. Seite 49, 55; Binding a. a. O. Seite 348 auch Anm. 2.

[100]) Früher wurde in unserem Falle das Vorliegen von Betrug auch deswegen geleugnet, weil die Behauptung, zur Erhebung einer Spareinlage berechtigt zu sein, nicht eine Tatsache, sondern ein Urteil enthalte. Vergl. z. B. die bei Doerr a. a. O. Seite 48 Anm. 108 abgedruckte Entscheidung. Diese offenbar

bejaht werden. Die Legitimationsklausel ist für diesen Irrtum allerdings insofern mit bestimmend, als sie regelmässig — wenn nämlich der Kassierer von seiner Befugnis zur Legitimatonsprüfung keinen Gebrauch macht — den unbefugten Vorzeiger des Buchs eines besonderen Nachweises seiner Berechtigung zur Erhebung des betreffenden Sparguthabens, ja sogar gegebenenfalls, wie wir gesehen haben, einer mündlichen Begründung dafür gänzlich überhebt[101]) und den ersteren veranlasst, aus dem Verhalten des letzteren in Verbindung mit dem Moment der Innehabung des Sparbuchs ohne weiteres den von diesem gewünschten Schluss auf seine Berechtigung[102]) zu

unrichtige Auffassung — es liegt die Vorspiegelung einer Tatsache vor, denn „Tatsache ist alles, was gewusst werden kann" — ist aber soviel wir sehen, neuerdings ganz aufgegeben. Vergl. Hoeltzenbein a. a. O. Seite 29, 30, Binding a. a. O. Seite 346 unter II 2, Oppenhoff a. a. O. Anm. 39 ff. zu § 263 Seite 665 ff.

[101]) Im Gegensatz zu dem Fall, dass das Sparkassenbuch Rektapapier wäre. Vergl. § 2 dieser Arbeit Seite 18 und 19.

[102]) Die Kasse zahlt an den zur Abhebung nicht berechtigten Präsentanten eben nur, weil er ihr irrtümlicher Weise für dazu berechtigt erscheint. Denn allein der Berechtigte kann auf Grund des Sparkassenbuchs — als eines Legitimationspapiers — Zahlung verlangen (vergl. § 808 Abs. 1 letzter Satz B. G. B.), und allein an einen solchen will die Kasse leisten. Durch Zahlung an einen Nichtberechtigten wird sie nur liberiert, weil und wenn sie ihn auf Grund der Innehabung des Buches und seines sonstigen Benehmens für berechtigt ansehen darf. Um in den Besitz der Spareinlage gelangen zu können, muss der Täter daher notwendigerweise der Kasse die falsche Tatsache seiner Berechtigung vortäuschen.

Anders wann das Sparkassenbuch Inhaberpapier wäre. In diesem Falle könnte der Täter schlechthin als Inhaber Zahlung begehren, es sei denn, dass die Kasse ihm seine Nichtberechtigung nachzuweisen vermöchte. (Vergl. § 793 Abs. 1 B. G. B.) Die Tatsache seiner Berechtigung zur Abhebung wäre dann nicht ein besonderer rechtsbegründender, sondern das Fehlen lediglich ein rechtshemmender Umstand. Die Kasse wollte und könnte dann, mit librierender Wirkung, einfach an jeden Inhaber des Buchs als solchen leisten, (abgesehen natürlich von dem Fall, dass ihr dessen

ziehen.[103]) Diese Tatsache darf uns aber nicht zu der irrigen Ansicht der Gegner verleiten, die Legitimationsklausel bilde die Ursache des Irrtums. Wäre der Täter völlig passiv geblieben — denken wir uns seine täuschende Tätigkeit z. B. ganz fort — so wäre durch die Legitimationsklausel allein in dem auszahlenden Beamten ein Irrtum über seine Berechtigung niemals hervorgerufen. Dieser entsteht erst durch eine „Körperbewegung", durch das die Wahrheit verletzende, auf Täuschung des Kassierers abzielende Handeln des unbefugten Präsentanten.[104]) Der Umstand, dass die Irrtumserregung nur dadurch möglich war, dass zu dieser Tätigkeit noch ein weiteres Moment, der Charakter des Sparkassenbuchs als Legitimationspapier, hinzutrat, hebt den Kausalzusammenhang nicht auf.[105])

Es sind also sämtliche Tatbestandsmerkmale des

Nichtberechtigung bekannt wäre, und sie diese beweisen könnte,) und zahlte in concreto an den Täter schlechthin auf Grund der wahren Tatsache, dass er im Besitz des Buches ist. Weder befände sie sich daher in einem Irrtum, noch bedürfte es seitens des Vorzeigers einer Täuschung. Es läge mithin auch kein Betrug vor. Das strafbare Tun bestände dann schon in der Entwendung des Buchs, der gegenüber die nachträgliche Erhebung des Guthabens lediglich als Realisierung des bereits erlangten Vorteils erscheinen würde. Vergl. hierzu Oertmann a. a. O. Anm. 2 zu § 793 B. G. B. Seite 523, 524; Doerr a. a. O. Seite 47, 48 und 52, 53; §§ 2 und 3 dieser Arbeit, besonders Seite 22 und Seite 29, 30.

[103]) Das dem Betrug Charakteristische ist sein Mittel, den Willen dessen, der über das zu schädigende Vermögensrecht disponiert, zum Bundesgenossen des Betrügers zu machen. Der Betrüger unterbreitet ihm, als dem zu Täuschenden, wahrheitswidrige Tatsachen, damit er aus denselben den vom Betrüger gewollten Schluss ziehe. Weil der Getäuschte deren Unwahrheit nicht erkennt, zieht er diesen Schluss und wird dadurch veranlasst, die schädigende Handlung als eine von ihm selbst gewollte vorzunehmen. Vergl. Binding a. a. O. Seite 344 unter I 2.

[104]) Ebenso Dalcke a. a. O. Seite 205.

[105]) Vergl. v. Liszt a. a. O. § 29 Seite 127 ff., bes. unter II und III 1; Meyer a. a. O. § 28 Seite 186 ff.

§ 263 St. G. B. gegeben;[106]) und zwar — wie noch ausdrücklich bemerkt werden möge — ohne Rücksicht darauf, ob die Spareinlage nur teilweise oder ganz erhoben wird.[107]) —

Prüfen wir das von uns gefundene Resultat auf seine praktische Brauchbarkeit, indem wir diese an einigen der aus ihm gezogenen Konsequenzen abmessen!

Fassen wir zu diesem Zweck zunächst das rechtliche Verhältnis in's Auge, in dem der nach unserer Ansicht allein eine selbständige strafbare Handlung darstellende Akt der Hebung zu der vorausgehenden Wegnahme des Sparkassenbuchs und zu dem sich anschliessenden Behalten des erhobenen Guthabens steht!

Die Wegnahme des Sparbuchs charakterisiert sich dem in der Hebung des Geldes liegenden Betrug genüber als straflose Vorbereitungshandlung; nicht ist darin etwa schon ein Betrugsversuch zu erblicken.[108]) Der Versuch eines

[106]) Ebenso noch ausser den bereits im § 1 dieser Arbeit unter Ic Genannten z. B. v. Lißt a. a. O. Seite 431 Anm. 12, Meyer a. a. O. 536 Anm. 46.

[107]) Ebenso Doerr a. a. O. Seite 57 Abs. 2.

[108]) Diese letzte Ansicht vertritt Doerr (a. a. O. Seite 33, 34, 41, 53, 58), nach dem weiterhin im Text Vorgetragenen aber offenbar zu Unrecht.

Feisenberger (a. a. O. Seite 12, 13) sieht in der Wegnahme des Buchs den Versuch einer Unterschlagung; Schneider (a. a. O. Seite 52 ff., bes. Seite 53, 56, 64) nimmt einen solchen an bei Wegnahme des Buches in Verbindung mit dessen — erfolgloser — Vorlegung auf der Kasse. Beide übersehen hierbei, dass der Versuch einer Unterschlagung zum mindesten den Gewahrsam des Täters an der den Gegenstand der Unterschlagung bildenden Sache voraussetzt, die hier in Betracht kommenden Geldstücke an den von ihnen angenommenen Zeitpunkten aber noch garnicht in dessen Gewahrsam sich befinden. Wer den zur Erörterung stehenden Fall als Unterschlagung auffasst, kann in der Wegnahme des Sparbuchs und auch noch in dessen erfolgloser Vorzeigung auf der Kasse nur eine vorbereitende Handlung und höchstens erst in der gelungenen Hebung den Versuch einer Unterschlagung erblicken. Vergl. Hoeltzenbein a. a. O. Seite 42 auch Anm. 112 und die dort Citierten.

Delikts ist erst dann gegeben, wenn Handlungen vorhanden sind, welche einen Anfang der Ausführung desselben enthalten. (§ 43 St. G. B.) Es muss also wenigstens eine der zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen des betreffenden Straffalles gehörenden Handlungen (Tatbestandshandlungen) bereits begonnen haben; zur Annahme eines Betrugsversuchs muss mithin zum mindesten schon eine Täuschungshandlung vorliegen. Dass die Wegnahme des Buches eine solche noch nicht darstellt, bedarf kaum der Erwähnung. Die Täuschung des Sparkassenrendanten durch den Täter beginnt, wie wir nachzuweisen versucht haben, in dem Augenblick, wo der letztere mit dem Buch an den Auszahlungstisch der Kasse herantritt. Erst von diesem Moment ab kann daher von einem Betrugsversuch die Rede sein.[109]) Die vorhergehende Wegnahme des Sparkassenbuchs setzt den Täter nur in den Besitz des zu dem

---

Doerr und Schneider scheinen zu der Annahme eines Betrugsbeziehungsweise Unterschlagungsversuchs veranlasst worden zu sein durch ihre irrige Prämisse, die Wegnahme des Buchs und die Hebung des Geldes, beziehungsweise die Aneignung des erhobenen Geldes bildeten eine Handlungseinheit. Eine solche ist u. E. ausgeschlossen, weil die beiden genannten Akte sich gegen verschiedene Rechtsgüter — einerseits den Gewahrsam am Buch, andererseits das Forderungsrecht des Einlegers gegenüber der Kasse — richten. Vergl. Anm. 79 dieser Arbeit Abs. 4 a. E. und die dort Citierten, besonders Feisenberger und Hoeltzenbein a. a. O.

Wer in dem dieser Arbeit zu Grunde liegenden Falle die Tatbestandsmerkmale des Betruges und des Diebstahls findet, muss daher u. E. — wie hier bemerkt werden möge — auch zu einer Realkonkurrenz beider Delikte gelangen.

Feisenberger begründet seine obengenannte Ansicht damit, anderenfalls ergebe sich die unliebsame Folge, dass der Täter straffrei bleibe, wenn es zu der nachfolgenden Hebung des Guthabens nicht komme. Derartige allgemeine Erwägungen vermögen aber niemals die fehlende rechtliche Begründung zu ersetzen.

[109]) Vollendet ist der Betrug mit der gelungenen Hebung, d. h. mit der Erlangung des Gewahrsams an dem ausgezahlten Gelde. Vergl. Doerr a. a. O. Anm. 116.

späteren Betruge erforderlichen Werkzeugs. Die Beschaffung der zur Ausführung einer strafbaren Handlung nötigen Hülfsmittel ist aber, wie allgemein anerkannt wird, dieser selbst gegenüber lediglich vorbereitender Natur.[110]) [111])

Über das Verhältnis des Aktes der Hebung zu dem nachfolgenden Behalten des gehobenen Geldes können wir uns kurz fassen: Es gibt wohl kein unrichtiges Bild, wenn wir, einen vom Reichsgericht in anderem Zusammenhang gebrauchten Vergleich benutzend, den letztgenannten Akt als Genuss der Früchte[112]) des Betruges bezeichnen.

Zur weiteren „Probe auf das Exempel" mögen die Resultate dienen, die sich auf Grund der von uns vertretenen Ansicht bei einigen Variationen des bisher angenommenen Tatbestandes ergeben.[113])

Wenn A das Sparkassenbuch entwendet hat und die Abhebung des betreffenden Betrages von B besorgen lässt, so ist, wenn B in gutem Glauben war, A mittelbarer Täter; kennt B dagegen die Unrechtmässigkeit seiner Handlung, und ist er zur Begehung der Tat auf die von § 48 Abs. 1 St. G. B. geforderte Art und Weise bestimmt worden, so ist A Anstifter zum Betrug, und B Täter.[114]) Bekommt A

---

[110]) Sofern die Beschaffung des Mittels nicht, wie bei der Fälschung (§ 267 St. G. B.), mit in die Definition des Tatbestandes des Delikts gezogen ist. In diesem Falle würde allerdings Versuch anzunehmen sein.

[111]) Vergl. zu dem im Text Vorgetragenen Oppenhoff a. a. O. Anm. 6 zu § 43 Seite 98, 99, Anm. 76, 77 zu § 263 Seite 674; v. Liszt a. a. O. § 139 unter 5 Seite 473.

[112]) In diesem Sinne (als Genuss der Früchte des Diebstahls) fasst das Reichsgericht das Verhältnis der Hebung des Guthabens zu der von ihm allein für strafbar erachteten Wegnahme des Buches auf. Vergl. z. B. Hoeltzenbein a. a. O. § 5 Seite 18.

[113]) Vergl. zum Folgenden Doerr a. a. O. Seite 57 ff.; Schneider a. a. O. Seite 58 ff.; Hoeltzenbein a. a. O. Seite 18, 19 (§ 5) und 31, 32.

[114]) Die Anhänger der Lehre vom Diebstahl müssen in diesem Falle das Verhalten des B. folgerichtig als Begünstigung, i. e. als Beistandsleistung zum Zweck der Sicherung der Vorteile des bereits

im letzteren Falle von B, dem eigentlichen Täter, die Geldstücke, die dieser auf der Kasse erhalten hat, ausgehändigt, so ist er ausserdem Hehler.[115]) (§ 259 St. G. B.) Hat A für B das Buch seinem Eigentümer weggenommen, so macht sich A der Beihülfe zum Betruge des B schuldig; kommt die strafbare Handlung des letzteren über das Stadium des Versuchs nicht hinaus, so liegt Beihülfe zum Betrugsversuch vor.[116]) Hat A den Betrug verübt und das Geld auf der Kasse erhalten, und hat er es dann, z. B. im Falle einer drohenden Haussuchung, dem B zur Aufbewahrung übergeben, so ist dieser, falls er nicht ein Angehöriger des A ist, wegen Begünstigung strafbar. (§ 257 St. G. B.) Erhebt der Täter auf das entwendete Buch mehrmals Beträge, so stellt sich regelmässig jede Erhebungshandlung als ein neuer selbständiger Betrugsfall dar.[117]) Bringt er

vollendeten Diebstahls auffassen; während bei der Annahme einer Unterschlagung die Besorgung der Abhebung sich als Beihülfe charakterisieren würde. Vergl. Doerr a. a. O. Seite 58 Anm. 127, Schneider a. a. O. Seite 64 Anm. 32, Erkenntnis des Reichsgerichts vom 7. März 1891 a. a. O.

[115]) Sachhehlerei oder Partirerei ist nur möglich an Sachen, welche unmittelbar durch eine strafbare Handlung erlangt sind. Es liegt daher keine Hehlerei auf Seiten des A vor, wenn B das auf der Kasse empfangene Geld wechselt, und A die eingetauschten Geldstücke an sich bringt. Vergl. Oppenhoff a. a. O. Anm. 9 zu § 259 Seite 645, 646; Doerr a. a. O. Seite 32, 33 auch Anm. 83.

[116]) Vergl. z. B. Oppenhoff a. a. O. Anm. 4 und 5 zu § 49 Seite 128.

Die an sich straflose Wegnahme des Buches kann demnach zu einer strafbaren Handlung werden aus dem Gesichtspunkt der Beihülfe zu der in der Hebung des Geldes liegenden Straftat. Jedoch nur dann, wenn das Verhalten desTäters eine strafbare Handlung darstellt. Kommt es mithin nicht einmal zu einem Betrugsversuch, so kann es zu dem straflosen Benehmen des Täters nicht eine strafbare Beihülfe seitens eines Anderen geben. Vergl. Oppenhoff a. a. O. Anm. 7 zu § 48 Seite 119.

[117]) Wer dagegen Diebstahl für vorliegend erachtet, kann folgerichtig nur nach Rückgabe und wiederholter Entwendung des

das Sparkassenbuch durch Einbruch oder mit Gewalt an sich, so ist eine Bestrafung dieserhalb wegen Einbruchsdiebstahls, beziehungsweise wegen Raubes allerdings ausgeschlossen, da es ihm wiederum an der — auch von § 243 No. 2 beziehungsweise § 249 St. G. B. geforderten — Absicht rechtswidrigen Zueignung fehlt. Sie wird jedoch durch die auf Grund unserer Auffassung sich ergebende Verurteilung wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 St. G. B.) und Sachbeschädigung (§ 303), beziehungsweise wegen Nötigung (§ 240), Erpressung (§ 253) oder räuberischer Erpressung (§ 255) hinreichend ersetzt werden.[118]) Endlich kann auch der von den Gegnern zu Gunsten ihrer Aufstellung geltend gemachte kriminalpolitische Gesichtspunkt — und zwar noch mit grösserem Recht — für die von uns vertretene Anschauung ins Feld geführt werden: Da unserer Ansicht nach die Wegnahme des Buches im Verhältnis zu dem nachfolgenden Betrug lediglich eine vorbereitende Handlung ist, so bleibt der Täter ebenfalls straflos, wenn er das Buch freiwillig restituiert, ohne zur Erhebung des Geldes zu schreiten.[119]) Dass dieser Umstand,

Buches ein neues Vergehen annehmen. Er ist genötigt, die im übrigen einander folgenden Abhebungen lediglich als fortdauernden Genuss des gestohlenen Sparbuches aufzufassen und kann daher auch in dem im Text gesetzten Falle den Täter nur wegen des einen Diebstahls bestrafen. Vergl. Hoeltzenbein a. a. O. Seite 19; Schneider a. a. O. Seite 59 Anm. 26; Doerr a. a. O. Seite 28, 29 auch Anm. 74, Seite 57 Anm. 125.

[118]) Ebenso Schneider a. a. O. Seite 64, 65; Doerr a. a. O. Seite 59.

Zu diesem Delikt tritt dann der in der nachfolgenden Hebung liegende Betrug noch realkonkurrierend hinzu. Vergl. Anm. 108 dieser Arbeit Abs. 4; Doerr a. a. O. Anm. 131 a. E., welch' letztere aber zu der diesbezüglichen, sonst — z. B. in Anm. 115 ebenda — von Doerr vertretenen Ansicht offenbar in Widerspruch steht.

[119]) Nach Doerr (a. a. O Seite 57) und Schneider (a. a. O. Seite 59, 60), die ja in der Wegnahme des Buches einen Versuch des Betruges, beziehungsweise der Unterschlagung erblicken, stellt sich ein nachträgliches Abstehen von der Erhebung der Spar-

wie Schneider anzunehmen scheint, für ihn ein grosser Ansporn sein wird, von der weiteren Ausführung seines verbrecherischen Planes Abstand zu nehmen, möchten wir, in Übereinstimmung mit Doerr, übrigens sehr bezweifeln. —

Die von uns vertretene Auffassung führt, wie man uns zugeben wird, zu praktisch befriedigenden Ergebnissen.

Vor allen Dingen vermeidet sie es, — dieses Moment dürfen wir, auf unseren ursprünglichen Tatbestand zurückgreifend, vielleicht noch besonders hervorheben — den Schuldigen wegen einer verhältnismässig unbedeutenden Nebentätigkeit zur Verantwortung zu ziehen und die eigentlich strafwürdig erscheinende Haupthandlung straffrei ausgehen zu lassen[120]) oder sie auf das Niveau einer Versuchshandlung herabzudrücken.[121]) Sie trifft vielmehr den Täter in dem Punkte mit der Strenge des Gesetzes, wohin das natürliche Rechtsgefühl die Strafbarkeit verlegt. Denn nicht nur dem an der Hand der Gesetzesparagraphen das für und wider peinlich abwägenden Juristen, auch dem lediglich auf Grund seines natürlichen Rechtsempfindens nach verständigem Ermessen urteilenden Laien, meinen wir, wird die Hebung des Sparguthabens durch den Täter als der Schwerpunkt von dessen deliktischer Tätigkeit erscheinen.[122])

---

einlage und Zurückstellen des Buches als freiwilliger Rücktritt vom Versuch (§ 46 Nr. 1 St. G. B.) dar, der als solcher Straflosigkeit des Täters bedingt.

[120]) Wie dies die Anhänger der Lehre vom Diebstahl tun. Vergl. Anm. 112.

[121]) Wie bei der Annahme einer Unterschlagung. Vergl. Anm. 108 Abs. 2. Zu welchen wenig ansprechenden Konsequenzen die gegnerischen Ansichten im übrigen führen können, glauben wir an den in Anm. 114 und 117 gegebenen Beispielen in etwa gezeigt zu haben.

[122]) Ebenso Schneider a. a. O. Seite 54 Anm. 19 a. E. und Seite 58, 59 — der dann allerdings weiterhin die Hebung des Geldes mit den nachträglichen Behalten desselben verwechselt — und Doerr a. a. O. Seite 37.

§ 6.

Schlusswort.

Werfen wir am Schluss unserer Ausführungen, die wir übrigens keineswegs als endgültige Beantwortung der zur Entscheidung gestellten, so heiss umstrittenen Frage betrachten, sondern nur als einen weiteren Baustein zu ihrer Lösung aufgefasst wissen möchten, einen Blick nach rückwärts!

Das Interessante an dem von uns behandelten Problem liegt darin, dass es in so greifbarer Weise den engen Zusammenhang vor Augen führt, der zwischen den einzelnen Rechtsmaterien, in concreto zwischen Civil- und Strafrecht, besteht. Wohl selten wird sonst die Strafbarkeit des Täters auf Grund so eingehender civilistischer Untersuchungen zu bestimmen sein wie hier.

Noch auf einen anderen Punkt sei es gestattet, mit einem Worte hinzuweisen: Das Thema unseres Aufsatzes ist sehr eng umgrenzt. Es möge aber daran erinnert werden, dass das Sparkassenbuch, das wir allein in den Kreis unserer Betrachtungen gezogen haben, nicht für sich isoliert steht, sondern der Hauptrepräsentant der grossen Gruppe der Legitimationspapiere[123]) ist, und dass daher das von ihm Gesagte mutatis mutandis für diese ganze Gattung gilt.[124]) Unsere Darlegungen bilden somit, über ihr nächstes Ziel hinaus, einen kleinen Beitrag zur Lehre von den Legitimationspapieren schlechthin und dürfen als solcher vielleicht am ehesten hoffen, gelegentlich beachtet zu werden.

[123]) Vergl. Schneider a. a. Seite 40, 41.
[124]) Vergl. Doerr a. a. O. Seite 45.